IN FACTVM ACTIONES

IN

ACADEMIA GEORGIA AVGVSTA

ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS

AVCTORITATE

PRAESIDE

CHRIST. FRID. GEORGIO

MEISTER

I. V. D.

EXPENDET

OTTO FRIDERICVS LINDHOLTZ

DROEBACO-NORVEGVS.

ANNO CIↃ IↃ CCXXXXVIII. D. XXII. IVN.

GOTTINGAE

TYPIS IOHANN. FRIDER. HAGER.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

Digitized by Google

[illegible] Google

Capvt. I.

RATIONEM COMPAGIS CONTRACTVVM ET EX IIS ACTIONVM EXHIBENS.

§. I.

In factum actiones DD. laboribus nondum exhauſtae ſunt.

Quamquam hodie in foris noſtris frequenter audiantur actionum in factum nomina, tam certum tamen eſt, quam quod certiſſimum, rem ipſam a perpaucis recte intelligi, eamque inter eas Romani iuris portiones connumerandam eſſe, quae peculiari diligentia luci ſuae nondum reſtitutae ſunt. Equidem ſcio, exſtare labores de in factum actionibus praeclaros, ICtorum praeſtantiſſimorum Iacobi Cviacii (a) Edmvn-

DI

(a) In not. prior. ad Inſt. Tit. *de Locat. & Conduct.* In Comment. ad D. & quidem in L. 7. *de Pact.* In Parat. Cod. ad Tit. *de Rer. Permut.* In Recit. ad D. Tit. *de Praeſcript. Verb.* Ad Tit. Inſt. *de Lege Aquil.* in not. *prior.* & *ſecund.*

DI MERILLII (*b*) VLRICI HVBERI (*c*) GERARDI NOODTII (*d*) aliorumque; ſed tantum abeſt, vt his in mentem vnquam venerit, hac ſua opera naturam ac indolem actionum in factum perſcrutari, diuerſaque illarum enucleare genera, vt potius egerint tantummodo de iis in factum actionibus, quae ex contractibus naſcuntur nomen non habentibus, reliquas vero in factum actionum ſpecies ſuo quamlibet loco ſaltem nominaſſe contenti fuerint, vnicum ſi excipias MERILLIVM, cuius tamen obſeruationes hac in re nec legitimis notionibus harum actionum adquirendis ſemper ſufficiunt, nec adeo ambitum earum noſſe cupientibus ſatisfaciunt. Periculum itaque faciam veteris illuſtrandi huius iuris, eo nomine felix, ſi meae qualescunque cogitationes materiae huic curatius perſcrutandae anſam dederint doctioribus.

§. II.

Sine contractuum inſtitutionis notitia intelligi nequeunt.

Cum maximus in factum actionum numerus cauſſam & naturam ex mira contractuum inſtitutione Romana capiat; facile erit ad colligendum, ſine eius cognitione viam ad in factum actiones recte perſpiciendas patere nullam. Compagis ergo plane ſingularis ac praeter gentem Romanam nulli cognitae ratio paullo accuratius erit indaganda, quo inoffenſo pede ad noſtram tranſire poſſimus materiam.

§. III.

(*b*) Obſeruationum Lib. III. cap. 26. Lib. VI. cap. 7. Lib. VIII. cap. 14. 15. & 24. atque in Variantium ex CVIACIO Lib. I. cap. 29. & 30.

(*c*) In Praelect. ad Inſt. Lib. IV. Tit. III. & ad D. Tit. *de Praeſcript. Verb.*

(*d*) In Lib. ſing. de Pact. & Transact. cap. 9. & paſſim & ad *Leg. Aquil.* cap. 15. & 18.

§. III.

Non omnis conventio dabat actionem.

Conuentionem dixerunt Romani teſte VLPIANO (e) *duorum pluriumue in idem placitum conſenſum.* Pulcra ſane pactorum deſcriptio, quae adhibito in conſilium rectae rationis dictamine, indiuulſo nexu producit concluſionem, omnes conuentiones de rebus & factis licitis & in noſtra poteſtate poſitis obligare. Sed aliter ratiocinati ſunt Quirites, qui non omnibus adſtitere conuentionibus, vt nempe alter, qui aliquid dare ſe vel facere velle promiſerat, ad ſeruanda adigi potuerit promiſſa. (f) Anne igitur perfidiam approbarunt veteres Romani? Minime vero. Non enim ſolum ex iis conuentionibus, quae actionem non producunt, dederunt exceptionem (g), ſed etiam illum crediderunt improbum, qui fidem non liberaret, adeoque praeſtationem eius, quod promiſit, pudori promittentis reliquerunt; id quod praeter varia in Digeſtis loca teſtatur etiam SENECA (h): *Multa,* inquit, *legem non habent, nec actionem; ad quae conſuetudo vitae humanae lege omni valentior dat aditum. Nulla lex iubet, amicorum ſecreta non eloqui, nulla lex fidem etiam inimico praeſtare. Quae lex ad id praeſtandum nos quod promiſimus alligat? Querar tamen cum eo, qui arcanum ſermonem non continuerit, & fidem datam, nec ſeruatam, indignabor.*

(e) In L. 1. §. 2. D. *de Pact.*

(f) VLPIANVS in L. 7. §. 4. D. *de Pact.* Vide plura apud PER. ILL. BVRCH. CHRIST. DE BEHR in diſſ. de actione doli mali cap. 2. §. 4.

(g) L. alleg. 7. §. eod. D. *de Pact.*

(h) Lib. V. cap. 21. de beneficiis, in quem locum docte commentatus eſt GER. NOODTIVS de Pact. & Tranſact. cap. 10.

§. IV.

Cuius rei ratio vulgaris non ſufficit.

Inquirendum igitur nunc eſt in cauſſam, qua impulſi a rectae rationis dictamine hic receſſerint Romani. Inueniſſe eam prudentum noſtrorum plurimi ſibi videntur in AVLO GELLIO (*i*), apud quem SEXTVS CAECILIVS ait: *fidem maiores noſtri in negotiorum contractibus ſanxerunt*, cui addere ſolent VLPIANVM (*k*), qui contractibus tantum ineſſe ſcribit obligandi cauſſam ciuilem. Eandem cantilenam cantat EDMVNDVS MERILLIVS (*l*): *fidem non ſanxerunt in nudis pactis, nec formulam prodiderunt, qua de nudis pactis ageretur, quia modum vulgarem fidei adſtringendae habebant ſtipulationem, certa verborum proprietate contractam l. 2. D. de O & A quam ſi paciſcentes omiſiſſent, magis videbantur perluſorie feciſſe, quam vt fidem adſtringerent.* Quis vero non illico videt, rationem hanc obligationis apud Romanos in pactis exulis non ſufficere, quin potius idem per idem, ſed tantum aliis dici verbis? Etenim quaerens ex me, cur Romani omnibus licitis conventionibus obligationis vinculum non addiderint? cui ego reſpondeo: quia iidem in contractibus tantum fidem ſanxerunt; porro ſine dubio ſcire cupiet, quarenam contractus ſoli obligationem peperiſſent, reliquae conuentiones non identidem? Cui dubitationi vt ſatisfiat, penitius nunc veritas cauſſae huius inueſtiganda, eaque paullo altius repetenda eſt.

§. V.

(*i*) Noct. Attic. L. XX. cap. I. p. 869. ex editione GRONOVIORVM Lugd. Bat. 1706.

(*k*) L. 7. cit.

(*l*) Obſerv. Lib. VII. cap. 39.

Digitized by Google

§. V.

Origo hiſtorica contractuum. Cum ex nullo ſcriptorum Romanorum, ex nulla lege Romana veſtigium appareat temporis, quo rempublicam Romanam diſtinctione conuentionum in pacta & contractus caruiſſe pateat, & SEXTVS ipſe CAECILIVS originem contractuum ad *maiores* referat *ſuos*: vero certe ſimillimum eſt, diſtinctionem iſtam ſimul cum populo Romano fere natam eſſe, antiquiſſimisque Quiritibus deberi. Ex Graecia namque eam delatam non eſſe, indicio eſt, quod Graeci in ſimplicitate iuris naturalis permanentes, ſolo etiam nutu (*m*) promiſſiones firmare ſuas fidemque facere poterant. Sane iam SERVII TVLLII temporibus non omnes conuentiones vinxiſſe, ſed in contractibus vinculum iuris ſtetiſſe, docet nos DIONYSIVS HALICARNASSEVS (*n*) verbis: *leges de contractibus & de iniuriis tulit, quas curiatis comitiis ratas fecit. Erant autem numero quinquaginta, quarum mentionem facere iam non eſt opus.*

§. VI.

Origo eorum moralis, nempe Romanorum inconſtantia. Explicui, quoad eius fieri poterat, originem contractuum hiſtoricam; ſed magis ad rem noſtram facit cognitio moralis ortus, ſeu cauſſae, quae rei tam mirae, qualis eſt omnino compages contractuum

(*m*) Vide EDM. MERILLIVM, qui hoc ex optimis Graecorum ſcriptoribus probatum dedit in Obſerv. Lib. IV. cap. I. & Lib. VII. cap. 39.

(*n*) L. IV. Antiquit. Rom. p. 218. edit. Sylburg. de a. 1691. ad quem locum vide, quae dixit NOODTIVS in Libr. de pact. & transact. cap. 9.

Digitized by Google

um apud Romanos occaſionem praebuerit. Errant ſane, qui de ortu populi Romani magnifice ſentiunt. Initia faciebat colluuies hominum infimae ſortis, fex vicinae plebis nouarum rerum auidiſſima, nullis legibus colligata, aucta quidem deinde, ſed turba hominum, quos nequitia exules & fugitiuos fecerat, vndique ad Romuli aſylum concurrentium. (o) Iam ſi, vt cum B. HEINECCIO philoſophemur, (p) ita comparatum eſt natura, vt homines, qui coaluerunt in ciuitatem animo tamen plerumque ſint a ciuitate alieniſſimo; cum bonum ciuem ita praecultum atque inſtitutum eſſe oporteat, vt iuſſis imperantium pareat promte, vt ad vtilitatem publicam omnes actiones, omniaque conſilia ſua conferat, vt denique nihil ſibi bonum atque vtile eſſe ſtatuat, niſi idem bonum ac ſalutare ſit vniuerſae reipublicae: natura contra effraeni homines plerique adeo ad omnem libidinem feruntur, vt ſi omnia agere ſuo arbitrio, ſi fraena impune mordere, ſuiſque velificari commodis poſſint, tum demum ſibi verae libertatis dulcedinem percipere videantur - - -, bone Deus! quam raram fidem oportuit fuiſſe penes multitudinem hominum iſtam, quorum plerique non a forma reipublicae cuiusdam iam iam ordinatae, ſed a populo nondum in ordinem coacto & a ſpe fruendi non libertate, ſed licentia audendi, quod lubet, allecti, euitandaeque, quam meruerant, poenae cauſſa coiverunt,

(o) Liuius Hiſt. Lib. I. cap. 8. conf. etiam, quae docte, vti ſolet, de hoc argumento ſcripſit Conſiliarius Iuſtitiae Intimus GEBAVERVS, Georgiae Auguſtae illuſtre decus, meum & praeſidium in diſſ. de Romulo cap. 3. §. 1.

(p) In orat. de iurispr. formular. §. 13. quae eſt inter opuſcula exerc. 12.

verunt, & cui Romulus & magiſtratus precario fere imperabant. (*q*) Putasne a maxima huius globi nondum imperio ſubiecti hominum plerorumque perditiſſimorum, multorum fidei fractae nota laborantium parte pacta fuiſſe ſeruata? Impune ſe tueri exceptione: *non ſatis ſe deliberaſſe* (*r*), aut *poenitere ſe promiſſi & facti* clamare poterant. Quamuis igitur ex ipſa populi Romani conſtitutione prima liqueat, omnes fere conuentiones exceptione poenitentiae euerti potuiſſe atque elidi; aliunde tamen quoque probabili ratione firmari id poteſt. Conſideranti etenim mihi, quo tendant OVIDII Metamorphoſes, venit in mentem, coniicere interdum, Poëtam ſub Phoebi in Phaëtontem nimis liberalis imagine Quiritium veterum incautas promiſſiones, temerariasque earum reuocationes depinxiſſe (*s*) verbis:

Quoque minus dubites; quiduis pete munus: vt illud
Me tribuente feras. Promiſſis teſtis adeſto
Dîs iuranda palus, oculis incognita noſtris.
Vix bene deſierat: currus rogat ille paternos,
Inque diem alipedum ius & moderamen equorum.
Poenituit iuraſſe patrem, qui terque quaterque
Concutiens illuſtre caput, temeraria, dixit,
Vox mea facta tua eſt. Vtinam promiſſa liceret
Non dare!

Sed & in Corpore Iuris Romani reperiuntur huius excipiendi libidinis veſtigia, quae olim conventiones obtentu

(*q*) Conf. hic HEINECC. l. c. BEHR. l. c.
(*r*) Conf. PERILL. DN. DE
(*s*) Metamorph. L. II. v. 44.

Digitized by Google

obtentu poenitentiae & non adhibitae deliberationis debitae euanuiſſe, haud obſcure docent. *Vxori ſuæ quis mortis cauſſa ſervum donauit, eumque cum libertate heredem ſcripſit; an valeat inſtitutio quæritur?* VLPIANVS (*t*) putat: *ſi hoc animo eum ſcripſit heredem, quod donationis ſe dixit pœnituiſſe, valere inſtitutionem.* Nemo neſcit, olim donationes non obligaſſe, ſed poſtea obligationis veſtem a legibus accepiſſe; & tamen conati ſunt interdum Romani, donationibus, licet iure firmatis, opponere exceptionem poenitentiae. Hinc reſcripſit Imperator PROBVS A. FELICI (*u*): *Si apud provinciæ præſidem aviam filiæ tuæ quaſi pœnitentia ductam ſubtracta inſtrumenta donationum igne exuſſiſſe conſtiterit, vereri te non oportet, ne id, quod iure vires acceperat, ex poſt facto poſſit in dubium revocari.* Clarius loquuntur DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS Impp. (*x*): *Cum profitearis in fraudem te alterius donaſſe, profeſſionem inhoneſtam continere intelligis. Itaque ſi donationem perfeciſti, eam revocare non potes ex memorata allegatione, ſub obtentu poenitentiæ.* Pollicitationem obligationem effeciſſe, quidem conſtat, ſed non niſi factam ob honorem vel aliam cauſſam iuſtam, vel re promiſſa tradita, vel ſi promiſſor facere coeperit, alias agenti enim ex pollicitatione perpetua obſtabat exceptio poenitentiae. (*y*) Inde eſt quod ſcripſit VLPIANVS (*z*): *Si quis, quam ex*

(*t*) In L. 22. D. *de donat. int. vir. & ux.*

(*u*) In L. 2. C. *de Reuoc. donat.*

(*x*) In L. 4. eod.

(*y*) L. 1. D. *de Pollic.*

(*z*) L. 3. §. 1. D. eod.

ex pollicitatione tradiderat rem municipibus, vindicare velit, repellendus eſt a petitione; aequiſſimum eſt enim, huiusmodi voluntates in ciuitates collatas poenitentia non reuocari.

§. VII.

Cum itaque viderent rex & magiſtratus Romani, reipublicae recens conditae non conuenire, vt homines egregie leues aut nimis faciles quibuscunque promiſſionibus temere caperentur (*a*), perditiſſima vero plebis pars promiſſiones praetextu deficientis deliberationis vel poenitentiae redderent vanas, aliisque illuderent, & hac fraudulosa exceptione fidem inter ciues tollerent, perfidiam introducerent, obicem huic malo ponere decreuerunt. *Cui obicem ponere decreuerunt reges & magiſtratus.*

§. VIII.

Si reges populo Romano ſine limitibus imperaſſent, facile huic libidini medicina parari potuiſſet tutiſſima per legem aliquam, qua violatio conuentionis certa coërceretur poena. Verum quemadmodum regia dignitas iſta tempeſtate magiſtratu, eoque plebis arbitrio quodammodo ſubiacente abſoluebatur (*b*), gubernatioque populi erat precaria; ita lenibus, cautis, ſed abſolutam poteſtatem non ſpirantibus opus fuit remediis. *Et quidem contractibus.*

Recta

(*a*) Vid. GER. NOODT de Pact. & Transact. cap. 10.

(*b*) Non repugnat TACITVS L. III. Annal. c. 26. ſcribens: *Romulum vt libitum imperaſſe:* non enim haec verba imperium illimitatum innuunt, ſed Romulum, primum regem, vt iuſtum viſum ipſi fuerit, ordinaſſe rem publicam. Aut ſi forte iuſto durius cum Romanis egit Romulus, ferocem hanc plebem iugum imperii ferre noluiſſe, patet ex cauſſa & genere mortis Romuli.

Digitized by Google

Recta via exceptionibus poenitentiae & incautae promiſſionis obuiam iri non poterat, neque contra omnibus conuentionibus obligatio adimi. Medium itaque tenuerunt Romani veteres. Tribuerunt conventionibus vim obligationis forma quadam praeſcripta callideque huic rei applicato contractus nomine. Scilicet, vt plebi aliquid concederent, conuentiones non obligare, ſed exceptionibus iam memoratis elidi poſſe, largiti ſunt; verum addidere, vt ſi quis alterum ſibi obligare perfecte vellet, faceret id *modo*, quo adhibito, ſatis deliberatum eſſe, & nullum ad poenitentiam recurſum dari, aiebant. Conventionem modo praeſtabilito initam contractus nomine donarunt. Satis opportune: *Contrahere* namque genuina ſignificatione eſt *colligere*, *cogere*, *in vnum redigere*, *conſtringere*, *coarctare*. Ita *contrahitur* in L. vlt. D. *de curat. bon. dand.* contrahuntur *aurei* (c), *frumenta* (d), *turba* (e), *veterani* (f), contrahuntur frigore *digiti* (g), *vires* (h), *exercitus* (i), *copiae* (k), *naues* (l), ita contracti dicuntur *commeatus* (m), *libri* (n) & cet. Excogitarunt igitur Romani veteres vinculum, quo fidem in conuentionibus laxam saepiusque fractam ita *conſtringerent*, *contraherent*, vt nulla ruptio amplius metuenda eſſet. Videmus, quare conuentionem, cui tale vinculum inerat, contractum appellarunt. Perſpicimus iam, qua ratione conuen-

(c) L. 96. D. *de Legat.* 1.
(d) L. vlt. D. *de Appellat. reip. vel non.*
(e) L. 4. §. 6. D. *de Vi bon. rapt.*
(f) SVETON in Aug. cap. 10.
(g) IDEM ibid. cap. 80.
(h) LIVIVS Lib. VII. cap. 25.
(i) IDEM Lib XXVI. cap. 42.
(k) IDEM Lib. XLIV. cap. 7.
(l) IDEM Lib XXI. cap. 26.
(m) SVETON Cal. c. 43.
(n) IDEM Aug. c. 31.

Digitized by Google

conuentiones tali vinculo deſtitutae *nudae pactiones* (o), *nudae conuentiones* (p), *pacta nuda* (q), *pacta ſola* (r), *ſolae conuentiones* (s) vocantur.

§. IX.

Primus et vnicus contractus ſtipulatio fuiſſe videtur.

Inquies, quodnam fuit illud vinculum, quo colligebatur conſenſus duorum vel plurium in idem placitum ita, vt fides eſſet ſeruanda, vt conuentio in contractum abiret? Multiplex illud quidem ſucceſſu temporum factum eſt, fateor, ſed *vnicum* olim & *primum* verborum certam ſollemnitatem ſeu ſtipulationem exſtitiſſe contrahendi modum, vt credam, multae ſunt rationes. *Vnicum* fuiſſe videtur, quoniam omnes conuentiones ſua natura poſſunt ſtipulatione inſtrui (t); inde Romanos, paucitatem & miram legum breuitatem amantes (u), multiplicaſſe praeter neceſſitatem entia credendum haud eſt. Eo enim tempore ciues pauci adhuc continui ciuitate parua continebantur, abſentia adeo in cenſum venire nondum poterat paciſcentium; neque etiam tunc temporis ſimplicitas & durities Quiritium multitudi-

 nem

(o) L. 7. § 4. D. *de Pact.*

(p) L. 33. §. 5. D. *de Vſurp. & Vſucap.* L. I. D. *de pignorat. act.*

(q) L. 27. C. *de Loc. Conduct.*

(r) L. 23. C. *de Pign.* L. 122. §. 5. D. *de Verb. Obl.*

(s) L. 15. C. *de Trans.* Vid. etiam GER. NOODT de pact. & transact. c. 10.

(t) Exempla emtionis aliorumque contractuum ſtipulatione peractorum profert & probat BARN. BRISSONIVS de form. et ſollemn. Pop. Rom. verb. L. VI p. m. 490 ſqq.

(u) Quod perſpici etiam poteſt ex breuitate legum XII. Tabb. quibus vniuerſum ius complectebantur, & tamen quas pueri in ſcholis facile memoriae infigere poterant, licet fuerint eaedem fons publici priuatique iuris. Euolue hic B. HEINECCII Orat. de iurispr. formul. §. 15.

Digitized by Google

nem & frequentiam negotiorum tantam admittebat, vt ſtipulatio non vbique fieri potuiſſet. Numi nondum erant cuſi, exulabat emtio, reliquae vero conventiones, quid impediebat, quo minus ſtipulatione firmarentur? *Primum* contractus genus autem quoque in ſtipulatione quaerendum eſſe, quis eſt, qui facile in dubium vocarit? cum conſtet, Romanam gentem a prima inde origine nullum fere alicuius momenti negotium, neque publicum, neque priuatum, quod ſtabile ac firmum eſſe vellent, geſſiſſe ſine formula & ſollemnitate quadam, id quod per totum iurisprudentiae huius gentis ambitum B. HEINECCIVS (x) luculentiſſima illuſtratione docuit. Quodſi igitur vim quandam omnium negotiorum Romani quaeſiuerint in ſollemnibus verborum conceptionibus ſeu formulis, cur quaeſo conuentiones, negotiorum omnium frequentiſſima, maxime neceſſaria, & in quibus maxima, vt diximus, cautione opus fuit, ſolas formulis deſtitutas eſſe voluerint? Nihil itaque magis ad credendum eſt, quam legem de contractu *primam* & *vnicam* exſtitiſſe: vt ſi quis conventione alterum ſibi obligatum reddere & aduerſus exceptiones poenitentiae & nimiae feſtinationis tutus eſſe vellet, ſollemni interrogatione & reſponſione fidem pangeret, his vero neglectis conuentio actionem produceret nullam. Cum ex his pateſcat, obligationem conuentionis a ſola verborum conceptione pependiſſe, nouum robur inde accipit coniectura PERILL. DN. DE BEHR (y), *contractus ab initio omnes ſtricti iuris fuiſſe.*

§. X.

(x) Orat. cit.

(y) In diſſ. alleg. cap. 2. § 6.

§. X.

Videtur huic ſententiae contradicere DIONYSIVS HALICARNASSEVS (z) ſupra memoratus, ex quo probare ſtuduit B. HEINECCIVS (a), Seruium Tullium regem de contractibus quinquaginta leges tuliſſe, poſtea in XII. Tabb. relatas. Sed videtur tantum. Dionyſius enim non dicit, de contractibus ſolis leges has latas eſſe omnes, ſed etiam de iniuriis, poſſunt autem de contractibus fuiſſe pauciſſimae. Monendum etiam eſſe videtur, ex hoc loco non conſtare, Seruium de variis contractuum generibus aliquid ſanxiſſe, potuit enim varias dediſſe leges de iis conuentionibus, quae ſtipulationes ſeu contractus appellantur. Sed largimur lubentiſſime etiam, vno plures contractus legum Seruianarum fuiſſe obiectum, quid inde aliud ſequitur, quam non diu permanſiſſe ſtipulationem vnicum contractum, verum inſequentibus temporibus numerum contractuum ſenſim creuiſſe, quod per duo ſecula fieri facile potuit, imo debuit, vt mox dicetur, tanto etenim temporis interuallo diſtat fere aeuum SERVII TVLLII regis a tempore, ad quod contractuum originem referendam eſſe arbitramur.

Dionyſii Halicarnaſſei teſtimonium expenditur.

§. XI.

Suſpicabuntur fortaſſe nonnulli falſitatem ſententiae, qua inter contractus primum antiquitatis locum ſtipulationi adſignamus, & quidem ex antiquitate permutationis, quae ſine dubio ſtipulatione longe prior

Permutatio non antiquior contractus fuit ſtipulatione.

(z) Lib. IV. Antiquit. Rom.
(a) Syntagm. Antiquit. Rom. Lib. III. Tit. XIV. §. I.

Digitized by Google

prior fuerit. Allegabitur ab his Paullus (*b*), qui ait: *olim enim non ita erat numus, neque aliud merx, aliud pretium vocabatur, ſed vnusquisque ſecundum neceſſitatem temporum ac rerum vtilibus inutilia permutabat, quando plerumque euenit, vt quod alteri ſupereſt, alteri deſit, ſed quia non ſemper nec facile concurrebat, vt cum tu haberes, quod ego deſiderarem, inuicem haberem, quod tu accipere velles*, cet. Addo ego, permutationem antiquiſſimam fere fuiſſe & frequentisſimam bilateralem conuentionem apud omnes gentes, qui in ſeparatis poſſeſſionibus vixerunt. Neutiquam tamen exinde concludi poteſt, permutationem apud Romanos vt contractum ante ſtipulationem fuiſſe cognitam; qui enim permutare valide vellet, is vt permutet ſtipulatione interueniente neceſſe erat. Qua ratione vero factum ſit, vt ſero admodum permutatio in numerum contractuum fuerit recepta, paucis interiectis paragraphis oſtendetur. (§. XXVII.)

§. XII.

Stipulationem exceperunt nexum & dotis dictio.

Stipulationem quadraſſe omnibus conuentionibus, ſupra (§. IX.) adſtruximus: intelligi hoc debet tantum de prima iſta Romanorum ſimplicitate vitae & paupertate & hominum paucitate. Poſtea populo aucto, republica per aliquot ſecula ſtante ac florente ſtipulatio ſufficere deſiit. Erat ea quidem modus firmandi fidem, ſed interrogatione & promiſſione abſolutus. Hinc noua erat excogitanda ſollemnitas, qua in abalienando Quiritario dominio vterentur

(*b*) In L. 1. D. de Contrah. Emt.

tur ciues; vnde NEXVM (*c*) ſuum traxit ortum. Porro in ſtipulatione antecedebat interrogatio quam reſponſio ſeu promiſſio ſequebatur (*d*). Fortaſſe aliquando pater cum filiam dotaret, promiſerat dotem non prius exſpectata interrogatione ſollemni, & nouellus maritus accepit promiſſionem; quaeſtio erat, vtrum ſine ſtipulatione dos promitti queat, vtrum obligetur, dotem dare hoc modo promittens? Et ſane quia neceſſaria fuit dos, vt concubinae ab vxoribus diſtinguerentur, inuenta eſt noua contractus ſpecies, *dotis dictio*, vi cuius dos ſine interrogatione promiſſa, adhibitis quibusdam aliis ſollemnitatibus, recipiebatur, quas poſt alios GER. NOODTIVS (*e*) & HEINECCIVS (*f*) deſcripſerunt.

§. XIII.

Verborum ſollemnitati etiam literarum obligatio acceſſit.

Repagulum exceptionis poenitentiae & perfidiae ſtipulatio erat; ſed hoc quoque malitia perfidorum frangere ſaepius laborabat pertinaci negatione eius, quod ſtipulatione promiſerant. Quid enim creditorem iuuabat ſtipulatio, cum eam factam, aut ſic & non aliter interrogatum reſponſumue eſſe, probare non ſemper valeret? Huic malo itaque medendi cauſſa iure introductum eſt, vt quaeuis conuentio licita in nomina ſeu contractum obligationem ex literis capientem transferri poſſet, quo nempe facilior fieret probatio. Cuius negotii deſcriptionem, licet

(*c*) Vide poſt BOETHIVM Lib. III. p. m. 797 Comment. in Top. Ciceron. NOODTIVM l. c cap. 8.

(*d*) L. 5. D *de Verb. Oblig* ad quam docte HEINECCIVS commentatus eſt in Syntagm. Antiquit. Rom. Lib. III. Tit. XVI. §. 2.

(*e*) l. c. cap. 8.

(*f*) l. c. Lib. II. Tit. VIII. § 6.

cet imperfectam dedit nobis THEOPHILVS (g), nimirum ita fieri ſolitam eſſe apud veteres Romanos nominibus obligationem, vt is, qui rem aliquam emtionis, locationis, ſtipulationis, aut ſimili quouis titulo ſibi habebat obligatam, maioris ſecuritatis cauſſa tabulas proferret, quibus debitorem ad perſcribendam debiti ſeu nominis quantitatem & cauſſam veterem hac intentione vrgebat, vt omiſſa veteris obligationis cauſſa commodior ſuccederet ex literarum ſubſignatione ciuilis debiti perſecutio. Hanc nominum originem eleganter & luculenter expreſſit SENECA (h) verbis: *Vtinam quidem perſuadere poſſemus, vt pecunias creditas tantum a volentibus acciperent! vtinam nulla ſtipulatio emtorem venditori obligaret! nec pacta conuentaque impreſſis ſignis cuſtodirentur! fides potius illa ſeruaret, & aequum colens animus! Sed neceſſaria optimis praetulerunt, & cogere fidem, quam ſpectare malunt. Adhibentur ab vtraque parte teſtes. Ille per tabulas plurium nomina interpoſitis parariis facit: ille non eſt interrogatione contentus, niſi rem manu ſua tenuit. O turpem humano generi fraudis & nequitiae publicae profeſſionem! Annulis noſtris plus quam animis creditur. In quid iſti viri ornati adhibiti ſunt? in quid imprimunt ſigna? nempe ne ille neget accepiſſe ſe, quod accepit* (i). Verum ne hoc quidem contrahendi vinculum non rumpere interdum auſi ſunt perfidi;

Noſtra

(g) Paraphr. Inſt. III. 21. in quem locum praeclara ſcripſerunt IACOBVS RAEVARDVS Libr Varior. III. cap. I. & HEINECCIVS Syntagm. Antiquit. Rom. Lib. III. Tit. XXII. quos vide.

(h) De beneficiis Lib. III. cap. 15.

(i) De expenſilatione & formulis in nominum contractu receptis conſule BARNAB. BRISSON. de form & ſollemnib. Pop. Rom. verb. Lib. VI. p. m. 537. ſeqq.

Noſtra ſcilicet *aetas non multum fidei gerit:*
Tabulae notantur: adſunt teſtes duodecim:
Tempus locumque ſcribit actuarius:
Tamen inuenitur Rhetor, qui factum neget (k)

ita vt recte hic applicare poſſimus verba PLAVTI(*l*):

At ſcio, quo vos ſoleatis pacto perplexarier.
Pactum non pactum eſt, non pactum pactum eſt, quod vobis lubet.

§. XIV.

Cauſſa obligationis re contractae.

Contractum inuentum eſſe, vt obuiam iretur & perfunctoriis exque animi leuitate profectis promiſſionibus, & maleuolo poenitentiae ac praecipitantiae praetextui, ſupra iam monuimus (§. VIII.). At promiſerat quis ſine ſtipulatione mutuam pecuniam, & dederat; quaeri potuit omnino, vtrum conuentio haec valeret inuito creditore, quippe quae non gaudeat vinculo ſtipulationis? Spopondit item nude quiſpiam, ſe velle vſum rei certum atque gratuitum concedere alteri, deditque rem, aſt poſtea poenitentia ductus repetit ante finitum vſum rem, dicens, ſe non ſatis deliberaſſe. Vt cuſtodiat gratis rem ſuam, Caium rogauit Titius; Caius promittit cuſtodiam, recipit rem, ſed non cuſtodit, negligit eandem, quaſi non ſit contractum, ſed ſolum conuentum. Debitor in ſecuritatem crediti offert creditori rem; deinde eam nondum ſoluto debito reuocat, interſerens cauſſam, poenitere ſe facti. Ne itaque talia

(*k*) Vid. ANT. CODRI VRCERI ſupplementa ad Plauti Aulular. v. 62. ſqq.

(*l*) In Aulular. Act. II. Scen. II. v. 81. ſq.

talia euenirent exempla, aut exſtantia perfidiae latius rependi occaſionem praeberent; videbatur Romanis ille ſerio & conſtanter conſenſiſſe, adeoque ſatis deliberaſſe, qui non modo rem promiſerit, ſed & dederit, vel receperit. Cauſſam ergo obligationis praeter verba ſollemnia & ſcripturam, rei quoque traditione & acceptatione, non qualicunque & ad vitae miniſteria inutili, ſed ex ea, quae ad vitae humanae commoda promouenda faciat, quibusdam conuentionibus Romani dederunt (*m*). Atque tales quidem primum reputarunt ſola negotia ***mutui, commodati, depoſiti, pignoris***, quae adeo in contractus transtulerunt. Sic re contrahi coepit obligatio, vti ex latioribus iuris noſtri libris patet.

§. XV.

Nec non obligationis, quae fit conſenſu nudo

Sunt quaedam negotia, quae in ciuitate florente commerciaque tractante ſingulis diebus, imo ſingulis horis millies neceſſitatis tum publicae tum priuatae cauſſa non poſſunt non perfici. Quot quaeſo ſingulis Romae nundinis iniri oportuit emtiones venditiones, quot locationes conductiones quotidie in tanta hominum luxui deditorum multitudine, quot mandata, ſocietates quot? Non ſemper venditor ſtatim tradit rem vendendam, neque locator ſimul ac de conſenſu vtriusque conſtat, rem locatam. Neque etiam ſemper ementes fortaſſe parui rem pretii, conducentes, ſocii, mandantes, dum interponunt conſenſum, praeſentes poſſunt eſſe. Ob negotiorum quoque frequentiam non ſemper eſt tempus conficiendi

(*m*) GER. NOODT l. c. cap. 9.

endi nomina, vel ſtipulandi, aut operae pretium, vt conuocentur pararii & teſtes, qui ſubſcribant, non enim res tanti ſemper ſunt. Ecquis putat Romanos tam ſtupidos tamque ineptos, vt credat, eos non probe perſpexiſſe, in his omnibus negotiis exigere ſtipulationem, vel nomina, vel traditionem rei, eſſe nihil aliud, quam e pumice aquam extorquere & commercia commodaque totius ciuitatis ſufflaminare? His igitur de cauſſis iure ciuili approbatum receptumque eſt, vt *emtio venditio, locatio conductio, ſocietas, mandatum* non amplius habeantur nudae conventiones, ſed ſint ſynallagmata, ſeu contractus, qui cauſſam & vinculum ciuiliter obligandi nudo conſenſu complectantur. Quam ob rem etiam, non vt alia pacta appellantur *nuda, ſola*, vt ſupra dixi (§. VIII.); ſed *actiones ciuiles, negotia ciuilia, cauſſae ciuiles*, ſimpliciter *cauſſae* & *contractus negotia* (n). Explicui cauſſam, propter quam emtio venditio, locatio conductio, ſocietas, mandatum in contractus abierunt & ex mero conſenſu obligationis ciuilis vim acceperunt.

§. XVI.

Quos recenſui contractus, omnes ſunt conuentiones, eaeque verae; quae cum a conſenſu duorum pluriumue in idem placitum ſuam habeant eſſentiam, conſequitur, vt plane conſenſu deficiente, vel alterutrius *Qua ratione quaſi contractus inueniti*

(n) L. 17. §. 3. D. *Commodat.* L. 5. §. 1. D. *de Obl. & Act.* L. 70. §. 2. D. *de Leg. I.* L. 33. D. *de Condict. Indeb.* L. 1. D. *de Aeſt. Act.* L. 49. §. 2. D. *de Pecul.* L. 1. §. 6. D. *de Conſt. Pecun.* § vlt. Inſt. *de Mandat.* L. 22. D. *de Praeſcr. Verb.*

rutrius conuentio nulla concipi mente poſſit. Infanti datur autem tutor; Titius Caii abſentis & ignorantis res incendio exorto ab interitu liberat; Sempronius, a quo multa ſunt relicta legata, heres inſtitutus hereditatem adit; Iauolenus, quod non debet, ſolvit. Fruſtra in his ſpeciebus quis duorum vel plurium in idem placitum conſenſum quaerit ſiue conventionem; neque itaque rigore iuris ex iisdem obligatio, vt ex vera conuentione, naſci potuit. Sed quoniam iniquum eſt, non conſentire in id, quod mihi vtilitatem adfert, aut fieri velle cum alterius damno ſine iuſta cauſſa locupletiorem, aut velle antecedens, id vero, quod ex hoc neceſſario conſequitur, nolle; finxerunt in his ſimilibusque ſpeciebus conſenſiſſe, qui non conſenſit, finxerunt porro, non ſolum conuentionem, ſed talem, quae habeat cauſſam ciuiliter obligandi, vt quoties negotium honeſtum ſit geſtum ſine conſenſu alterius, cuius gratia geſtum, & hic & gerens obligetur ex conſenſu ficto propter ſummam aequitatem iuris regulis approbatam. Tale negotium ergo appellarunt *quaſi contractum* (o) Romani. Et hac ratione *negotiorum geſtio, tutela, hereditatis aditio, hereditatis vel rei communis adminiſtratio, indebiti ſolutio* & alia quam plurima eiusdem generis negotia honeſta, quorum nomina in Digeſtis paſſim occurrunt, inter contractus locum conſecuta ſunt.

§. XVII.

(o) Vid. Tit. Inſt. *de oblig. at.* L. 5. *de Obl. & Act. quae quaſi ex contr. naſcuntur.*

§. XVII.

Romani conuentionibus, quas fecerunt contractus, certam formam certumque nomen ſingulis addiderunt praeter cauſſam obligandi ſuam: conuentionis, videndi cauſſa, qua duo pluresue in rei dominium pro pretio in alterum transferendum conſentiunt, cauſſam voluerunt eſſe *conſenſum*, nomen *emtionem venditionem*, formam v. gr. vt *pretium* ſit *verum*, *certum*, *iuſtum* & *pecunia numerata*. Et ita quoque in reliquis contractibus. VLPIANVS ait (*p*): *conuentiones, quae pariunt actiones, in ſuo nomine non ſtant, ſed transeunt* IN PROPRIVM NOMEN CONTRACTVS, *vt emtio venditio, locatio conductio, ſocietas, commodatum, depoſitum & ceteri ſimiles contractus.* De forma multa ſuperſunt veterum fragmenta, quorum potiſſimos nomino ipſum IVSTINIANVM, qui de *mandati forma* loquitur (*q*), CELSVM ad *mandati formam* prouocantem (*r*), PAPINIANVM (*ſ*), VLPIANVM (*t*) & PAVLLVM (*u*) de *forma*, *modo*, item *notis terminis depoſiti* verba facientes.

Contractus quilibet & formam & nomen habebat.

§. XVIII.

Veteres itaque Romani conuentiones, quas voluerunt eſſe contractus, *forma* & *numero* & *nomine* certos fecerunt (*x*) ita, vt ipſum negotium, ipſe contractus ſtatim ex nominis ſui allegatione intelligere-

Exſtitiſſe indicem contractuum, credibile eſt.

(*p*) L. 7. §. 1. D. *de Pact.*
(*q*) §. fin. Inſt. *de Mand.*
(*r*) L. 48. §. 2. D. *Mandati.*
(*ſ*) L. 24. D. *Depoſiti.*
(*t*) L. 7. §. 15. D. *de Pact.*
(*u*) L. 26. §. 1. D. *Depoſiti.*
(*x*) Vid. GER. NOODT de Pact. & Transact. cap. 9.

Digitized by Google

geretur, & ſane credibile eſt, exſtitiſſe apud Romanos olim catalogum quendam, ſeu indicem contractuum omnium, eumque in *albo Praetoris*, non *edictorum*, ſed *formularum*, ac eas tantum conuentiones, quarum forma ex nomine & actione iſto catalogo indicatis, cognoſcerentur, contractus certos & nominatos fuiſſe habitas. Namque liquet, adfuiſſe in iudicio album formularum, ſeu actionum, quae ſine contractus, ex quo oriuntur, nomine, concipi nequeunt (*y*). De his actionibus ibidem ſcriptis dicitur a PAPINIANO (*z*), quod ſint *proditae*. Eodem vero vtitur termino de conuentionibus, quibus nomen datum non eſt, IVLIANVS (*a*): *in quam nenecesse eſt confugere, quotiens contractus exiſtunt, quorum appellationes nullae iure ciuili proditae ſunt.* Et PAVLLVS (*b*) expreſſis verbis mentionem facit earum conuentionum, *quae nomen ſuum habent.* Cum igitur fuit album ſeu index actionum, & actio, quae ex contractu oritur, ex nomine contractus ſtatim cognoſci debeat, vix credo, dubii remanere quid poſſe, quin etiam in albo formularum olim index ipſorum contractuum ſcriptus fuerit.

§. XIX.

Contractuum materia originem non certa legi, ſed fori diſputationibus maxime debet.

Satis opportune quaerere quis poſſet, cui legi, vel cui iuris parti contractuum haec compages originem debeat? Cui equidem reſponderem, quae ſequuntur: SERVIVM TVLLIVM regem multas de con-

(*y*) Vid. poſt SIGONIVM HEINECCIVS in Syntagm. Antiquit. Rom. Lib. IV. Tit. VI. §. 19.

(*z*) L. 1. D. *de Praeſcript. Verb.*

(*a*) L. 3. D. eod.

(*b*) L. 1. §. 2. D. *de Rer. Permut.*

contractibus leges tuliſſe, ex DIONYSIO HALICARNASSEO ſupra memorato certum eſt. Quae leges ſine dubio exactis regibus in XII. Tabulas, non vt leges regiae, ſed vt boni maiorum mores, translatae ſunt. Verum quoniam facile perſpicitur, in iſta temporum ſimplicitate & legum paucitate breuitateque, cui ſtudebant veteres Romani, contractuum initia tantum parua & rudia & nondum perpolita fuiſſe, atque praeter principia quaedam prima & ſimplicia, nomina eorum in XII. Tabulis extitisſe, contractus eorumque oeconomiam ſenſim ſenſimque longo tempore demum fori quidem diſputatione & vſu iuris ciuilis ad miram & amplam, quam nunc videmus, formam atque ordinationem perductam esſe (c), veri ſimillimum eſt.

§. XX.

Ex ea, quam exhibui per indicem quaſi, contractuum oeconomia facile cognoſcitur, nullam conventionem primis temporibus vt contractum obligationem produxiſſe, cuius forma non eſſet prodita iure ciuili, cuius nomen non reperiretur in catalogo ſeu numero contractuum. Cum igitur quis ex conventione agere vellet, neceſſe omnino erat, vt primo omnium indicaret, conuentionem eſſe talem, ex qua agi poſſet. Quod vt eo melius procederet, cuicunque conuentioni in contractuum numerum receptae formulam agendi dederunt, ex qua videri posſet ipſa conuentio, de qua ageretur. POMPONII verba

Quilibet contractus habuit ſuam formulam peculiarem.

(c) Vid. quae coniicit GER. NOODT l. c.

verba (*d*) huc faciunt: *deinde ex his legibus eodem tempore fere actiones compoſitae ſunt, quibus inter ſe homines diſceptarent, quas actiones, ne populus prout vellet, inſtitueret, certas ſollemnesque eſſe voluerunt.* Clarius multo loquitur CICERO (*e*): *Sunt iura, ſunt formulae de omnibus rebus conſtitutae, ne quis aut in genere iniuriae, aut ratione actionis errare poſſit. Expreſſae ſunt enim ex vniuscuiusque damno, dolore, incommodo, calamitate, iniuria publicae a Praetore formulae, ad quas priuata lis accommodatur.*

§. XXI.

Actio & formula ſynonyma ſunt; Conventio, cuius nomen inter contractus non exſtabat, formula agendi deſtituebatur.

Vti omnes actiones, ſic quoque ex contractibus oriundae, in verborum ſollemnium conceptione conſiſtebant; quam ob cauſſam olim & ipſae *formularum* nomine veniebant, quam iurisprudentiae formulariae partem cui volupe eſt, noſſe penitius, is adeat praeter SIGONIVM (*f*) BARNAB. BRISSONIVM (g), vbi magnam locorum ex libris ICtorum veterum depromtorum farraginem, qui ſeruarunt nobis eiusmodi formulas, deprehendet. Quibus addere placet duo ex SVETONIO loca. A. enim VITELLIVS (*h*) liberto cuidam acerbius debitum repoſcenti iniuriarum formulam, quaſi calce ab eo percuſſus, intendit, nec aliter, quam extortis L. ſeſtertiis remiſit. TIBERIVS quoque CLAVDIVS CAESAR (*i*) non ſemper praeſcripta legum ſecutus, duritiam

(*d*) In L. 2. §. 6. D. *de Orig. Iur.*

(*e*) In Orat. III. pro Roſcio cap. 8. Conf. hic BARNAB. BRISSON. de form. pop. Rom. Lib. II. p. 385. ſq.

(*f*) De iudiciis Lib. I. cap. 21.

(*g*) l. c. Lib. II.

(*h*) SVETON in Vitellio cap. 7.

(*i*) IDEM in Claudio cap. 14.

ritiam lenitatemue multarum ex bono & aequo, proinde vt adficeretur, moderatus eſt. Nam & iis, qui apud priuatos iudices plus petendo formula exci-diſſent, reſtituit actiones. Quem locum verba IVSTINIANI (*k*), PAVLLI (*l*), SENECAE (*m*), PLAVTI (*n*) non parum illuſtrant. Quaelibet harum actionum, harum formularum, quodlibet horum iudiciorum peculiare ſortiebatur nomen, plerumque, ſi non ſemper ab ipſo contractu ſuo deſumtum, veluti *formulae ex ſtipulatu, negotiorum geſtorum, pignoratitia, ex emto, ex locato* & id genus alia. Ipſa vero formula ſeu actio ſemper complecti debebat genus & nomen conuentionis hoc fere modo (*o*): AIO TE MIHI MVTVI COMMODATI DEPOSITI NOMINE DARE CENTVM OPORTERE AIO TE MIHI EX STIPVLATV LOCATO DARE FACERE OPORTERE & ſic porro. Ex quibus conſequitur, in albo formularum eas tantum actiones proditas fuiſſe, quae deſcendebant ex conventionibus, quibus forma erat certa, & quarum nomina certa in contractuum catalogo exſtiterunt. Cum enim, vt dixi, nomina contractuum ſint excogitata, vt ex nomine ipſa contractus forma perſpiceretur, actiones vero in formulas redactae, vt ex iis nomen contractus elucesceret, conuentionis, cuius nomen inueniri in numero contractuum non poterat, formula quoque non exſtitit.

CAPVT

(*k*) §. 33. Inſt. *de Action.*
(*l*) Lib. I. Sentent. 10.
(*m*) In Epiſt. 48.
(*n*) In Moſtellaria Act. III. Scen. I.
(*o*) Vide ſi lubet BARN. BRISSON. Lib. II.

CAPVT. II.

ACTIONIBVS, QVAE IN FA- DANTVR PRAESCRIPTIS VERBIS.

§. XXII.

Quod LL. XII. Tab. deerat, ſupplendum a Praetore & ICtis fuit.

Propius iam ad illum, quem nobis propoſuimus, ſcopum accedamus. Nullam conuentionem initio ciuilem effeciſſe obligationem praeter iſtas, quibus cauſſam & nomen dederunt Romani, manifeſtum eſt. Sed contigit Romanis, quod neſcio an paucis, quorum cura in re publica legibus ornanda verſatur, vt nempe talia eueniant, de quibus eo, quo condebatur ius, tempore non cogitatum erat, & quae ſaepe reſtrictionem vel extenſionem regularum communis iuris flagitant. *Neque* enim *leges*, vt IVLIANVS ait (*p*), *neque SCta ita ſcribi poſſunt, vt omnes caſus, qui quandoque inciderint, comprehendantur; ſed ſufficit & ea, quae plerumque accidunt, contineri.* Tunc itaque cum in aliqua cauſſa ſententia legum manifeſta eſt, vt idem IVLIANVS docet (*q*), is, qui iurisdictioni praeeſt, vtpote Praetor, ad ſimilia procedere, atque ita ius dicere debet. Adſtipulatur non modo IVLIANO, ſed accuratius, quod res eſt, dicit VLPIANVS (*r*): *Nam, vt ait Pedius, quotiens lege aliquid, vnum vel alterum introductum eſt,*

(*p*) L. 10. D. *de Leg.* &c. cui iungas L. 3. 4. 5. 6. 8. *eod.*

(*q*) L. 12. D. *eod.*

(*r*) L. 13. D. *eod.*

eſt, bona occaſio eſt, cetera, quae tendunt ad eandem vtilitatem, vel interpretatione (prudentum) *vel* (hac deficiente) *certe iurisdictione* (Praetoris) *ſuppleri.* Sed & ipſe IVLIANVS Lib. XC. D. (*s*) plenius locutus eſt verbis: *Et ideo de his, quae primo conſtituuntur, aut interpretatione, aut conſtitutione optimi principis certius ſtatuendum eſt.*

§. XXIII.

Leges de contractibus erant imperfectae.

Sunto haec, dices, quid effeciſti magnopere? Nihil ſane, niſi ea in communis iuris de contractibus regulas cadere, doceam. Scimus autem, numero, forma, cauſſa, nomine & actionis formula contractus primo diſcretos eſſe atque ſtabilitos. Si itaque pecuniam do, vt rem accipiam, emtio venditio eſt. Dedit vero aliquis rem, vt accipiat rem; emtio venditio non erat hoc negotium, formam etenim eius, nempe pecuniam, non habens; neque ad vllam tamen aliam quoque ſpeciem contractuum, quorum nomina erant prodita, referri poterat (*t*). In hac ſpecie dedit aliquis, vt det alter. At cum do, vt PAVLLVM ſequamur (*u*), vt facias; ſiquidem tale ſit factum, quod locari ſolet, puta, vt tabulam pingas, pecunia data, locatio erit, ſed ſi res, non erit locatio, neque ſi pecunia detur, factum vero non ſit locari ſolitum. Silent autem de negotio tali indices contractuum, qui iure ciuili proditi ſunt. Idem etiam dicendum eſt, ſi conuertas rem, velut: ma-

 numiſit

(*s*) L. 11. D. *eod.*

(*t*) L. 5. §. 1. De Praeſcr. Verb. Conſule hic GER. NOODT l. c. cap. 9.

(*u*) L. 5. §. 2. D. eod.

numiſit quis Stichum, vt Titius det ſuum hominem. Sed & hae viſiones in hunc cenſum veniunt: permitto, vt in meo fundo aedifices, ego in tuo. Ego a tuo debitore exigo Romae, tu vt exigas a meo debitore Carthagine. Non audet PAVLLVS (x) hanc ſpeciem ad mandatum referre, neuter enim gratis facit, licet ea proxime ad mandati negotium accedat. Vtor tuis equis, vt meis vtaris: poſſet videri haec conuentio mutuum commodatum, vel mutua locatio conductio; ſed quia neuter equos ſuos gratis concedit, neuter etiam mercede certa, nec locatio eſt nec commodatum (y).

§. XXIV.

Hinc noua negotia orta ſunt.

Quaerebant eiusmodi, quarum quasdam recenſuimus ex PAVLLO, conuentiones in contractuum proditorum ſerie, & quorum agendi formulae vulgares erant, ſed fruſtra; nullam namque earum viſionum ita comparatam eſſe deprehendebant, vt forma gauderet contractus alicuius certi; quare inter contractus nomen quoque ſortiri ſuum non poterat, neque actionem ſui nominis proferre; cuius de rei veritate, qui ſaltem cum aliqua cura Tit. D. *de Praeſcr. Verb. & in Fact. Act.* perlegit, nemo dubitabit.

§. XXV.

Quae neque pacta nuda erant, neque contractus iure proditi.

Vtrum ergo ſpecies conuentionum: *do, vt des, do, vt facias, facio, vt des, facio, vt facias* (z) ciuilem

(x) L. 5. §. 4. D. *eod.* Vide ad hanc legem, ſi lubet, HVBERVM in praelect. ad D. Lib. XIX. Tit. V. §. 6.

(y) §. 2. Inſt. de *Loc. Conduct.* conf. HVBER l. c.

(z) L. 5. pr. D. *de Praeſcr. Verb.*

vilem producere poſſint obligationem, an vero naturalem tantum, & ſint *nudae* vel *ſolae* conuentiones, verbo, pacta? quaeſitum eſt. Poterant videri *pacta nuda*; *Pacta*: nullius enim earum nomen inter contractus reperiebatur; *Nuda*: nulla enim ſpeciali lege, aut SCto, aut Principum conſtitutione & cet. vinculum obligationis acceperant. Sed non erant pacta; nam non ſubſiſtunt intra primum placitum (*a*); potius eſt quod a me ad te peruenit certa lege: eſt quod feci alterius conſentientis & volentis cauſſa certa lege. Neque tamen contra contractus eſſe videbantur, vel ideo, quod nomina inter contractus harum ſpecierum non inueniebantur, neque vlla earum tali forma, quae ſingulis contractuum ſpeciebus peculiaris eſt atque propria, gaudebat, neque etiam certa illis forma tribui poterat, quia vna ſpecies reliquis ſui generis ſimilis non ſemper eſt, ſed in infinitum variat atque mutatur. Probe licet etiam perſpicerent veteres prudentes, conuentiones quasdam in catalogum contractuum receptas eſſe, quoniam illis vinculum contrahendi fidem ex *datione* vel *facto* ineſſe creditum ſit; verum ne hoc quidem ſolum ſufficiebat. Namque non omnis datio, non omne factum pactum in contractum transfert; ſed illa datio, illud factum, cui forma & nomen data ſunt. Niſi itaque v. e. datio mutui, vel commodati, vel depoſiti, vel pignoris formam haberet, datio cauſſa ciuiliter obligandi non erat, & ex ea contractus non oriebatur. Quamuis igitur hae ſpecies nouae in *datione*, vel *facto* conſiſterent, tamen, quia haec

(*a*) L. 27. C. de *Locat. Conduct.*

Digitized by Google

haec datio & factum vt cauſſae ciuiliter obligandi iure ciuili non erant auctorata, neque etiam forma gaudebant certa; ipſae quoque conuentiones tali cauſſa ſuffultae, niſi in formam aliquam contractus nominati abirent, contractus eſſe videri prudentibus non poterant.

§. XXVI.

Cur & qua ratione ea facta ſint contractus & quidem innominati?

Sed nouimus ICtorum veterum artes, quibus iurisprudentiae capita locupletarunt. Non enim ſolum dabant legis actiones, & leges libris ſcriptis, reſponſis editis, fori diſputatione interpretabantur, ſed etiam ſub modeſtae diſputationis & reſponſionis ſpecie, interpretatione legum XII. Tabb. paullo liberiori & ſaepe contorta, ex mediis tamen philoſophiae moralis principiis depromta, & rationi legis, quam declarabant & extendebant, modeſte applicata, multa noua in forum inuexerunt, quae nec vlla lex, nec Praetoris edictum conſtituerat; quae poſtea obſeruatione magis, quam iure vim quandam legum obtinuerunt, vti quidem inter omnes conſtat. Nulla autem in re ICti Romani artem ſuam hermeneuticam felicius & maiori aequitate adhibuerunt, ac quidem in conuentionibus paullo ante memoratis. Inter contractus iure proditos eas non inueniebant, nec vlli earum nomen alicuius nominati contractus tribui, nec datio & factum eas contractus efficere poterat, non enim *fiebat* vel *dabatur*, vt in contractibus nominatis *fieri* vel *dari* debet. Declararunt nempe ICti haec *negotia noua*, vt ea CAIVS appellat (*b*), obli-

(*b*) L. 22. D. *de Praeſcr. Verb.*

Digitized by Google

obligationes ciuiles, ſynallagmata, vno verbo, *contractus*, licet eorum nomina inter contractus non reperirentur, & quidem ope interpretandi artis ſuae: VLPIANVS enim ad edictum ſcribit (*c*): *Sed & ſi in alium contractum* (nempe nominatum) *res* (hoc eſt conuentio) *non tranſeat, ſubſit tamen cauſſa: eleganter Ariſto Celſo reſpondit, eſſe obligationem: vt puta, dedi tibi rem, vt mihi aliam dares* &c. Et hanc quidem viam ICti ingreſſi ſunt: Quaerentes ſcilicet rationem, propter quam quibusdam conuentionibus maiores ex *datione* vel *facto* vim obligandi dederint, id factum eſſe deprehenderunt, quia is ſatis deliberaſſe & non perfunctorie aut praecipitanter egiſſe cenſendus ſit, qui non ſolum promiſerit, ſed & dederit vel fecerit, & ne tu ex tua improbitate cum mea iactura locupletior fias (*d*). Cum vero eadem ratio adſit in *negotiis* his *nouis*; quid quaeſo obſtabat, quo minus *haec* ob *dationem* vel *factum* inter contractus propter maximam aequitatem & rationem regularum communis iuris latiſſime patentem referrentur, licet nomine careant & eorum expreſſa mentio non facta ſit a maioribus? Inde eminentiſſimae doctrinae vir GER. NOODTIVS VLPIANI modo allegati verba: *ſubſit tamen cauſſa* breuiter, ſed clare explicat: *ſubſit tamen cauſſa, id eſt, ſubſit adhuc cauſſa, ſiue ſubſit tamen perinde cauſſa, vt in ſuperiori ſpecie*, id eſt, in contractibus nominatis, de his enim VLPIANVS ante locutus erat. Porro Romani veteres eas tantum conuentiones voluerunt eſſe contractus, quae ad iuuanda vitae commoda pertinerent, at promouent haec noua negotia felicitatem

&

(*c*) L. 7. §. 2. D. *de Pact.*

(*d*) Vid. hic GER. NOODT l. c. cap. 9.

Digitized by Google

& commoditatem populi; eſt inter ea *ipſa permutatio*, conuentio iſta omnibus gentibus communis, interdum neceſſaria, vtiliſſima promouendisque commerciis aptiſſima, cui iuſtas laudes ipſe PAVLLVS (*e*) poſuit: *Olim*, dicens, *vnusquisque ſecundum neceſſitatem temporum ac rerum vtilibus inutilia permutabat, quando plerumque euenit, vt, quod alteri ſupereſt, alteri deſit* &c. Accedebat & hoc: Eſt certe mira ſimilitudo & vicinitas his *negotiis nouis* cum ipſis *antiquitus approbatis contractibus.* Si enim pecuniam do, vt rem des, eſt emtio venditio; aſt cum do rem, vt des rem, *nouum* eſt *negotium.* Vix animaduerti poteſt diſcrimen. Pecuniam do, vt tabulam pingas, locatio eſt; ſed ſi detur, vt ſeruum manumittas, negotium nomen non habet: quis non videt proximam affinitatem inter has conuentiones? Quoniam itaque haec negotia proxime accedebant ad ipſos contractus nominatos; & ipſa vel ob ſolam hanc ſimilitudinem ad faſtigium ciuilium obligationum extollere potuerunt veteres prudentes: quod etiam fecerunt, vt conventionem innominatam cum eo contractu nominato, cui ſimillima erat, addita particula *quaſi*, haud raro comparare ſoliti fuerint; quae omnia ex ſingulis fere legibus Tit. D. *de Praeſcr. & in Fact. Act.* probari poſſunt, quarum exſtantiores ſunt l. 5. 13. 17. 19. ad quas lectores meos ablego. Quaecunque igitur conuentiones inter contractus nominatos non exſtabant, nitebantur tamen datione vel facto, vt alter det vel faciat, tali, quod antecedentem deliberationem monſtret, iuuandis vitae commodis inſeruiat, &

quae

(*e*) L. I. D. *de Contrahend. Emt.*

quae ad ſimilitudinem contractuum, quorum nomina erant antiquitus certa, proxime accedebant, eas inquam conuentiones inter ipſos contractus referre veteres ICti nulli dubitabant; has vero *nouorum negotiorum, geſtorum proprii contractus, rerum, quae in alium contractum non transeunt, contractuum incertorum & nomen non habentium* appellatione notarunt, ſicut ex Tit D. *de Praeſcr. Verb. & in Fact. Act.* paſſim patet.

§. XXVII.

Contractus aeſtimatorius & permutatio cur nomen non habere dicantur?

Duo ferme ſunt, quae in lectore dubii quid relinquere poſſent, nimirum contractum aeſtimatorium & permutationem eſſe conuentiones nomen quamlibet ſuum habentes, & referri tamen inter contractus, quibus nomen non eſt; deinde quo fato factum ſit, vt permutatio licet antiquior conuentio iis, quae ſunt factae contractus nominati, & in ciuitate florente quotidie obuia, vt inquam non in numerum contractuum antiquum ſtatim relata, ſed ſero admodum & poſt determinatos iam contractus de illa tanquam nouo negotio cogitatum fuerit contractibus adnumeranda? Verum facillima horum compoſitio videtur: ad prius enim quod ſpectat, probe notandum eſt, *noua haec negotia* non ideo dici nomen non habere, quaſi iis plane non poſſit nomen tribui proprium, ſed quod eorum nomina non haberentur in catalogo contractuum, ſiue quod non eſſent inter conuentiones, quarum nomina erant iure prodita. Licet namque eorum ſpecies circumſcriptionibus indicarentur; tamen id factum eſt, quoniam multis earum ob varietatem circumſtantiarum

 difficul-

Digitized by Google

difficulter nomen perpetuum aſſignari poterat (*f*), ex quo ipſum ſtatim negotium intelligeretur. Vt taceam, terminum *contractus innominati* eſſe nouum veterumque auctoritate prudentum carere. Vocantur igitur contractus innominati, quod non ſint nominati, id eſt, nomine proprio donati in numero contractuum primitus recepto. Poſterius dubium diſpulit iam ipſe PAVLLVS (*g*) ſcribens: *Sed quia non ſemper, nec facile concurrebat, vt, cum tu haberes, quod ego deſiderarem, inuicem haberem, quod tu accipere velles, electa materia eſt, cuius publica ac perpetua aeſtimatio* DIFFICVLTATIBVS PERMVTATIONVM *aequalitate quantitatis ſubueniret, eaque materia forma publica percuſa vſum dominiumque non tam ex ſubſtantia praebet, quam ex quantitate, nec vltra merx vtrumque, ſed alterum pretium vocatur.* Nempe eſt permutatio infinitis difficultatibus coniuncta, nec ſola populi commodis & neceſſitatibus ſufficit; quoniam itaque putaruut Romani, inuenta moneta poſſe ſuperſedere populum permutationibus, aut ſi forte cui volupe fuerit permutare, poſſe id fieri ſtipulatione: factum eſt, vt emtio permutationem expulerit, nec in contractuum inſtitutione permutationis ratio habita ſit, vtpote negotii, quo carere ciues poſſent Romani. Poſtea vero aucto valde populo, commerciis florentibus, luxu magis in dies gliſcente cum animaduerterent, permutationem haud parum ad promouenda

(*f*) Euolue hic ILL. WAHLII opuſculum elegantiae & eruditionis pleniſſimum *de permutatione pacto diſplicentiae ad formam legis commiſſoriae vallata* programmatis inauguralis titulo promulgatum 1748. quo in materia contractuum innominatorum differentiae iuris Rom. & Germ. oſtenduntur dilucide.

(*g*) L. 1. D. *de Contrah. Emt.*

mouenda ciuium commoda & vtilitates conferre, mirum ſane non eſt, eam inter contractus nomine non gaudentes ſero admodum relatam eſſe.

§. XXVIII.

Actio ex his innominatis contractibus oritur incerta, & quare?

Sed vt recolligamus veſtigia, noua haec atque incerta negotia reputabantur contractus; ergo oportuit actiones naſci ex illis. Nata eſt ſane actio, ſed qualis? talis nempe quae naſci per negotiorum qualitatem & iuris Romani ſubtilitatem quomodocunque potuit. Cum enim quilibet contractuum initio receptorum proprium nomen, propriam etiam formam, quae ex nomine cognoſceretur, conſecutus eſſet, donatusque ſimul agendi formula, ex qua nomen, adeoque certa pateſceret contractus forma; contractus innominati autem inter veteres certos contractus non reperirentur; facile patet, incerti negotii certam eſſe actionem non potuiſſe. Inde DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS A. A. reſcripſerunt (*b*): *Rebus certa lege traditis, ſi huic non pareatur, praeſcriptis verbis* INCERTAM *ciuilem dandam actionem, iuris auctoritas demonſtrat.* Incerta igitur tantum dari poterat actio ex contractibus innominatis, quia hi ipſi erant incerti, id eſt, certis nominibns non diſtincti, certa quoque origine carentes, nati quippe e variis cauſſarum figuris & genere infinito negotiorum (*i*). Ita ſi dedi tibi Stichum, vt Pamphilum manumittas, manumiſiſti, euictus eſt

E 2 Stichus:

(*b*) L. 6. C. *de Rer. Permut.* conf. quae iidem A. A. in L. 3. C. *de Inutil. Stipulat.* reſcripſerunt.

(*i*) Vid. hic GER. NOODT l. c. & HVBERVM ad D. Lib. IX. Tit. V. §. 4.

Stichus: MAVRITIANVS dixit, incerti actionem ſufficere (*k*). Inſulam hoc modo, vt aliam inſulam reficeres, vendidi, reſpondit NERATIVS (*l*): *ci-vili intentione incerti agendum eſſe.* Quoniam autem in iuris noſtri libris *incertum* eſt omne, quod vel abſolute & ſimpliciter nihil certi habet, ad quod referatur, vel relate ad certam rem vel perſonam (*m*), & incerti agi multiplici ratione poteſt; actionem incerti agi multiplici ratione poteſt; actionem incertam ex contractu innominato non conſtituere genus actionum incertarum, ſed eſſe ſpeciem tantummodo ſuperioris alicuius generis patet. Dantur enim plures incerti actiones, quae ex fonte non oriuntur, quales ſunt *incerti actio ex ſtipulatu*, *ex teſtamento*, *incerti condictio*, quae ſeruitutum conſtituendarum & imponendarum nomine datur, *incerti condictio*, libertatis conſequendae cauſſa competens (*n*) &c. Eſt itaque actio ex innominato contractu *incerta*, quia deſtituitur formula proprioque nomine; eſt eademque *incerti actio*, quod nullas habet certas praeſtationes, ſed alias aliasque pro diuerſitate negotiorum (*o*) ſemper in id, quod intereſt.

§. XXIX.

Dicitur etiam in factum. Notio actionis in factum in genere.

Haec *actio incerta* & *incerti* vocatur quoque *in factum actio*, vti ex ſingulis fere legibus Tit. D. *de Praeſcr.*

(*k*) L. 7. D. *de Pact.*

(*l*) L. 6. D. *de Praeſcr. Verb.* Add. L. 9. C. *de Donat.* L. 23. D. *Commun. Dauid.*

(*m*) Exempla quaere in BARNAB. BRISSON. de Verb. Signif. Lib. IX.

(*n*) BARNAB. BRISSON. l. c.

(*o*) L. 5. §. 2. D. *de Praeſcr. Verb.* conf. HVBER l. c. §. 9.

Praeſcr. Verb. & in Fact. Act. diſci poteſt. Quid igitur eſt actio in factum? Magnum eſt, quod quaeris & ad quod nec ſtatim nec breuiter, ſed cum verborum ambagibus & circuitu veluti quodam reſponderi debet. Primum enim ratio denominationis ita eſt comparata, vt rei, quam denotat ipſius ſpeciem quodammodo prae ſe ferre videatur; Deinde eius indoles non ex vno quodam loco, ſed ex collatione variarum legum eſt elicienda. Factum in iuris Romani libris accipi varie, ſemper iuri tamen opponi, tralatitium eſt; quae nos hic nihil morantur. Sed quidam ſignificatus facti ſigillatim huius loci eſt. Nimirum eminentiſſimus *facti* in iure noſtro ſenſus eſt, quo omnis effectio corporalis notatur, vt dare, reddere, vulnus infligere, inſulam reficere & id genus alia (*p*), paucis, *res geſta.* Licet enim verbum *facti* generatim ſpectatum, vt monuimus, re geſta latius pateat; tamen quotiens factum ſpeciatim ſumitur, veteres prudentes ſubtilitatem ſpernentes factum a re geſta differre nihil crediderunt. CAIVS (*q*) hoc ingenue fatetur: *Licet inter geſta & facta videtur quaedam eſſe ſubtilis differentia: attamen* καταχρηστικῶς, *id eſt abuſiue, nihil inter factum & geſtum intereſt.* Tale factum aut eſſe nudum, id eſt, non relinquere effectum iuris, aut efficax eſſe poteſt, ſeu obligationem producere; qualia ſunt rem tradere, corpore damnum dare corpori. PAVLLI verba in hanc rem faciunt (*r*): *Si familia alicuius album corruperit: non ſimiliter hic edicitur, vt in furto, ne in reliquos actio*

 detur

(*p*) Quod legibus illuſtrat BARN. BRISSON. l. c.

(*q*) L. 58. D. *de V. S.*

(*r*) L. 9. D. *de Iurisdict.*

detur, ſi tantum dominus cum defendere voluit, vnius nomine praeſtiterit, quantum liber praeſtaret, fortaſſe quia hic & contemta maieſtas Praetoris vindicatur, & plura facta intelliguntur, quemadmodum cum plures ſerui iniuriam fecerunt, vel damnum dederunt: quia plura facta ſint, non vt in furto vnum. Cum de actione in factum ſermo eſt, *factum tale*, vel *res geſta talis* intelligitur procul dubio, de qua quaeſtio iuris oriri poteſt, hoc eſt, cuius effectus in obligatione conſiſtit; eſt enim actio remedium perſequendi in iudicio quod ſibi debetur. Vnam ſuperauimus difficultatem, quo ipſo effecimus, vt ſciamus, actionem in factum ſignificare: *agendi formulam, quae concipitur in ipſam rem geſtam, ex qua obligatio naſcitur*; ſeu eſſe *actionem, cuius formula monſtrat ipſam rem geſtam, ex qua agitur.* Capis nunc ſine dubio mentem Imperatoris ALEXANDRI de actionum in factum ſpecie quadam ita reſcribentis (s): - - *aut enim ſtipulatio conuentioni ſubdita eſt & ex ſtipulatu actio competit, aut ſi omiſſa verborum obligatio eſt, vtilis actio, quae praeſcriptis verbis* REM GESTAM DEMONSTRAT, *danda eſt.* Nobiliſſimam autem ſpeciem in factum actionum eſſe, quae datur praeſcriptis verbis, mox apparebit. Pergamus nunc reliqua ſequi veſtigia legum, quae ad eruendam actionis in factum notionem faciunt. Actio in factum continet ipſam rem geſtam, quae obligat; at ſunt omnes actiones in perſonam eiusmodi, vt complectantur factum, ex quo naſcuntur, veluti: *aio te mihi mutui, commodati, depoſiti nomine dare centum oportere.*

(s) L. 6. C. *de Tranſact.*

Digitized by Google

oportere. Vt igitur actiones in factum ab aliis ſeparentur, laborandum ante omnia eſt. PAPINIANVS autem ait (*t*): *Nonnunquam euenit, vt ceſſantibus iudiciis proditis & vulgaribus actionibus, cum proprium nomen inuenire non poſſumus, facile deſcendamus ad eas, quae in factum appellantur*; quem locum ita interpretor: interdum euenit, vt actio in factum concipi debeat, tunc nempe, quando non adeſt actio, quae in iure nomen accepit proprium. Hinc eſt, quod ſcribit POMPONIVS (*u*): *Quia actionum non plenus numerus eſſet, ideo plerumque actiones in factum deſiderantur*. Cui adiungamus ipſum VLPIANVM (*x*): *Si glans ex arbore tua in meum fundum cadat, eamque ego immiſſo pecore depaſcam: Ariſto ſcribit, non ſibi occurrere legitimam* (id eſt, lege proditam & nominatam) *actionem, qua experiri poſſim. Nam neque ex lege duodecim tabularum de paſtu pecoris, quia non in tuo paſcitur, neque de pauperie, neque de damni iniuria agi poſſe. In factum itaque erit agendum*. Nempe compertum habemus, certum actionum numerum legibus fuiſſe proditum, ſed iſtum primitus receptum poſtea multiplicatis negotiorum generibus, emergentibusque variis cauſſarum figuris, de quibus in prima legum & contractuum inſtitutione, & ſimplicitate, & Romanorum paucitatis breuitatisque legum amore cogitatum non erat, nequaquam ſuffeciſſe, ſed vtilitate populi atque naturali aequitate ſuadentibus, variis modis leges ſuppletas eſſe. Cum igitur accideret ſaepius, vt fa-

ctum

(*t*) L. 1. D. *de Praeſcr. Verb.*
(*u*) L. 11. D. *eod.*
(*x*) L. 14. §. 3. D. *eod.*

ctum vel geſtum aliquid fuerit, quod ſpeciali nomine notatum non erat; nec ex eo, lege prodita actionis formula, quod tamen propter analogiam iuris recepti & aequitatem naturalem obligationem parere deberet, actiones dabantur, quae ipſum factum, ex quo dabantur, demonſtrabant. Terminus igitur actionis in factum generatim denotat *actionem deficientibus iure proditis aliis actionibus competentem, ipſamque rem geſtam, ex qua propter aequitatem vel analogiam legum oritur, monſtrantem.*

§. XXX.

Diſcrimen inter actiones in factum & ex facto.

Ab actionibus *in factum* probe diſtingui oportet *actionem ex facto* cum VLPIANO (y), cuius verba ſunt: *Actionum autem quaedam ex contractu, quaedam ex facto, quaedam in factum ſunt. Ex contractu actio eſt, quotiens quis ſui lucri cauſſa cum aliquo contrahit, veluti emendo, vendendo, locando, conducendo & ceteris ſimilibus. Ex facto actio eſt, quotiens ex eo quis teneri incipit, quod ipſe admiſit, veluti furtum vel iniuriam commiſit vel damnum dedit. In factum actio dicitur, qualis eſt exempli gratia actio, quae datur patrono aduerſus libertum, a quo contra edictum Praetoris in ius vocatus eſt.* Scilicet actiones ex facto ſemper ex delicto ortum habent, lege expreſſa notato & certa poena vindicando, vt furto lege XII. Tabb. damno iniuria dato lege Aquilia, iniuria lege Cornelia, & quo quis ſtatim tenetur: Actiones vero in factum non ſemper ex delicto veniunt vel ex facto proprio, neque tali, quod lege certa notatur, neque ſtatim quis tenetur in actione in

(y) L. 25. §. 1. D. *de O. & A.*

Digitized by Google

in factum ex ipſo facto, ſed vbi Praetor eam dari oportere animaduertit, neque etiam in his actionibus certa poena ſemper eſt ſtatuta; quae omnia latius perſequitur, quem ſaepe laudaui, EDMVND. MERILLIVS (z).

§. XXXI.

Noſtrum iam eſt, vt oſtendamus, actiones, quae ex contractibus innominatis reſultant, in factum eſſe. Dedi tibi rem, vt rem aliam mihi des; tu autem ceſſas dare. At dare eſt factum (§. XXIX.); teneris igitur mihi facto ex contractu, qui nomen non habet & cuius actio legibus prodita non eſt certa (§. XXVI. & XXVIII.). Ergo competit mihi actio, quae in factum, id eſt, rem ipſam geſtam concipitur, hoc fere modo: AIO TE MIHI STICHVM HOMINEM TVVM DE QVO INTER NOS CONVENIT OB DATVM TIBI A ME PAMPHILVM DARE OPORTERE. Exegi a tuo debitore Romae, vt exigas a meo Carthagine. Nullus adeſt contractus legibus nominatus (§. XXIII. & XXIV.), tamen factum quoddam, (geſſi enim rem) ex quo propter analogiam iuris & aequitatem naturalem obligatio oritur. Igitur actio datur, quae rem geſtam monſtrat, id eſt, in factum, velut: AIO TE CARTHAGINE A MEO DEBITORE DE QVO CONVENIT OB EXACTAM PECVNIAM PER ME A TVO DEBITORE ROMAE PECVNIAM EXIGERE OPORTERE (a). Sic ratiocinati ſunt veteres pruden-

Probatio actionem ex innominato contractu eſſe in factum.

(z) Obſ. Lib. VI. cap. 31.

(a) Vide poſt BARNAB. BRISSON. de form & ſollemn. pop. Rom. verb. l. c. CAROLVM SIGO-

Digitized by Google

prudentes. Non enim ſolum PAPINIANVS, actionem in factum illuſtraturus, exemplis vtitur contractuum innominatorum (*b*): *Sed ne res exemplis egeat, paucis agam: domino mercium in magiſtrum nauis, ſi ſit incertum, vtrum nauem conduxerit, an merces vehendas locauerit, ciuilem actionem eſſe dandam Labeo ſcribit* &c.; verum etiam IVLIANVS (*c*) concludit, in actionem in factum confugiendum eſſe, *quotiens contractus exiſtunt, quorum appellationes nullae iure ciuili proditae ſunt*.

§. XXXII.

Actio in factum praeſcriptis verbis vnde ita dicatur?

Sunt itaque actiones, quae ex innominatis contractibus oriuntur, in factum. Supereſt, vt quomodo olim conciperentur in factum, videamus. Officii ICtorum veterum non infima pars in ſcribendo verſabatur, ſed non vt tabellionum labor (*d*): ſpectabat enim ad intimam & maxime arcanam iuris ſcientiam. Olim, cum formulae actionum adhuc penes patres adeoque ICtos ſolos eſſent, & nondum plebi proditae; modus agendi res fuit periculi plena, coniuncta quippe cum metu cadendi cauſſa, ni recte inſtitueretur actio. ICti ergo litigaturis formulam agendi praeſcribebant, & quidem tanquam oracula conſulti in quouis actionum genere; donec APPII CLAVDII ſcriba CN. FLAVIVS librum formulas actionum ſingularum complexum patrono ſuo

SIGONIVM de iudiciis Lib. I. cap. 21. & HEINECCIVM in Syntagm. Antiquit. Rom. Lib. IV. Tit. VI. §. 32.

(*b*) L. I. §. 1. D. *de Praeſcr. Verb.*
(*c*) L. 3. *eod.*
(*d*) Euolue hic HVBERVM ad D. Lib. XIX. Tit. V. §. 2.

Digitized by Google

ſuo furtim raptum, magno quidem plebis leuamento (*e*), ſed non pari ICtorum damno vulgauit. Nam iſtae formulae a Cn. Flavio ſurreptae erant tantum de actionibus certis e certis atque nominatis contractibus conceptae; has igitur auferre Flavivs potuit. Verum enim vero cum longe plura eſſent negotia, quam actionum nomina, vt diximus, non obſtante formularum cum plebe communicatione, erat ſaepiſſime neceſſitas audiendi ex ICtis tanquam e tripode formulam, quoties de re, cuius actio in iſto actionum catalogo poſtea publice propoſito non exſtabat, agendum erat, quo vel inprimis, vt nouimus, innominati contractus pertinebant. Adibant igitur tunc ICtos, qui ipſis formulam, qua vterentur, praeſcribebant; non enim ſuo arbitratu ob exactiſſimam anxiamque fori Romani obſeruantiam in his difficultatibus ciues experiri audebant (*f*). Eſt maximae interpretum clariſſimorum (*g*) parti opinio, has, de quibus nunc agimus, in factum actiones inde adiecta habere verba: *praeſcriptis verbis*, vel quod formula earum praeſcriberetur a ICtis, vel quod darentur ex praeſcriptis, id eſt, praeſtabilitis ſeu praeſtitutis conuentionibus. Sed vt eandem adoptem coniecturam a me impetrare non poſſum. Nam actionis, praeſcriptis verbis quae datur, fundamentum denominationis non poſſunt conſtituere conuentiones praeſtitutae ideo, quod ex conuentio-

(*e*) POMPONIVS in L. 2. §. 7. D. de Orig. Iur.

(*f*) HVBER. l. c.

(*g*) Inter quos eminent CVIACIVS ad Tit. D. *de Pact.* in Recit. ad Tit. *de Praeſcr. Verb.* & in not. prior. Inſt. Tit. de *Locat. Conduct.* BARN. BRISSON de form. & ſollemn. pop. Rom. verb. Lib. V. & HVBERVS l. c.

ne praefinita actio nomen *actionis in factum* ſortitur, vt monitum iam iam eſt; factum enim denotat ipſam conuentionem ab vna parte impletam, ſeu rem geſtam. Multo minus autem denominatio, quae tamen eſt quorundam ſententia, poteſt a praeſcripta a ICto agendi formula venire, ita enim omnes actiones, quarum formulae olim a ICtis datae erant, vocandae forent *praeſcriptis verbis.* Verior itaque mihi eſſe videtur EDMVNDI MERILLII (*b*) ſententia, quam rationibus, iisque nouis firmare ſtudebo. Litigaturus de contractu innominato adibat ICtum petendae ab ipſo agendi formulae cauſſa, id quod largiuntur omnes, quotquot a nobis hic recedunt. Si negotium, ex quo actionem inſtituere volebat formulam petens fuiſſet certum, ſatis quoque fuiſſet, dixiſſe nomen v. c. emtionis, mutui, nec difficilis formulae dictio. Verum vno verbo petens, conuentionem ſeu rem geſtam exprimere non valebat, & ſi forte valuerit, tamen neceſſe erat addere, quid in hac figura cauſſarum dictum factumque eſſet, hoc eſt, rem geſtam. Ergo adiens ICtum primo ſtatim narrabat aut ſcriptam exhibebat rem geſtam v. g. inter me & Titium conuenit, vt ego equum darem meu[illegible] mihi daret ſuum; equidem dedi meum, at [illegible]e ſuum nunc ceſſat, nolo autem ego reuocare meum, ſed habere cupio, quem promiſit Titius. Tenebat nunc rem geſtam ICtus formulamque agendi *in hanc rem geſtam ſibique anteſcriptam vel narratam* concipiebat. Praeſcribere itaque in his actionibus in factum non eſt formulam concipere

(*b*) Variant. ex CVIACIO Lib. I. cap. 29.

pere vel praeſcribere, ſed rem geſtam ſeu conuentionem *ante ſcribere, ante narrare.* Hinc actio praeſcriptis verbis appellatur, quia concipitur eius formula ex conuentione a cliente patrono cauſſae ſeu ICto ante ſcripta vel propoſita. Nempe adibatur ICtus formula: *licetne conſulere?* annuente ICto, conſulens ſcripta exhibebat verba conuentionis, vel proponebat, quibus verbis ante ſcriptis ICtus ſubiiciebat agendi formulam. Eſt enim *praeſcribere* proprie ante ſcribere, primo ſcribere, ante cetera ſcribere. Sic apud VIRGILIVM (*i*) Phoebo nulla gratior eſt,

Quam ſibi quae Vari praeſcripſit pagina nomen;

ſic GELLIVS (*k*) nomen virtutis, de qua locuturus eſſet, libro ipſi *praeſcripſit.* Quemadmodum enim *praeſagire* eſt *ante ſagire* (*l*), ita praeſcribere eſt ante ſcribere & praeſcripta verba hic ſunt ante ſcripta. Quae dixi maiorem veriſimilitudinem, niſi certitudinem accipiunt ab ipſo CONSTANTINO HARMENOPVLO, quem CVIACIVS ad tuendam ſuam opinionem producit, ſed minus apte; nam verba ipſius προγεγραμμένων συμφώνων *praeſcriptis conuentionibus* nihil aliud volunt, quam quod praeſcriberentur, ſeu proponerentur conuentiones, ex quibus in factum agebatur, vti MERILLIVS bene adnotauit. Ex accuratiori contemplatione quoque modi, quo prudentes facere ſolent mentionem actionum praeſcriptis verbis, veritas rei perſpici poteſt. PAPINIANVS

(*i*) Ecloga VI. v. 11. ſq.

(*k*) Lib. XI. cap. 16. Conf. hic Polyhiſtor noſter EXCELL. GESNERVS *in theſauro latinitatis h. v.*

(*l*) Teſtante CICERONE *de diuinatione* Lib. I. cap. 31.

NIANVS enim claris ait verbis (*m*); cum non appareat, contractum certum eſſe, in factum actionem *ſubiiciendam* eſſe; ſed cui? ſane *praeſcriptis*, id eſt, ante ſcriptis verbis. PAVLLVS ſcribit (*n*): ex incerto contractu tutius *praeſcriptis verbis*, hoc eſt, poſtquam verba contractus ſcripta ſunt, *dari actionem*, & CAIVS (*o*) monet: *placet quaſi de nouo negotio in factum dandum eſſe iudicium, id eſt, praeſcriptis verbis*, quaſi dixerit, quae actio datur ex praeſcriptis conventionum verbis. Vt igitur, quod ſentio, dicam, credibile eſt, voces *præſcriptis verbis* non eſſe nomen ipſius actionis huius in factum, aut eius ſynonymum, ſed indigitare tantum differentiam actionis, quae ex contractibus innominatis oritur, ab aliis in factum actionibus; cui opinioni robur additur per ipſum rubrum Tit. D. *de præſcriptis verbis*, (hoc eſt, de conuentionibus incertis, quarum verba debent praeſcribi) *& in factum actionibus*, (id eſt, & actionibus, quae ſubiici debent, vti PAPINIANVS (*p*) loqui amat). Habemus ſimilia in iure noſtro exempla; nam eadem ratione teſtamentum tempore pacis conditum appellatur *teſtamentum calatis comitiis* (*q*), non ac ſi ipſum teſtamentum ſit calatis comitiis, ſed quod poſtquam ante ſint comitia convocata, praeſente deinde populo condatur.

§. XXXIII.

(*m*) L. 1. §. 2. D. *de Praeſcr. Verb.*

(*n*) L. 5. §. 4. *eod.*

(*o*) L. 22. D. *eod.*

(*p*) L. 1. §. 2. D. *eod.*

(*q*) §. 1. Inſt. *de Teſtam. Ordin.*

Digitized by Google

§. XXXIII.

Actiones in factum, quae non ex innominatis contractibus oriuntur, non ſunt praeſcriptis verbis.

Actiones praeſcriptis verbis omnes ſunt in factum; demonſtrant enim factum, quod obligat, & obtinent, cum nullae actiones iure ciuili proditae ſint (*r*). Sed aliae actiones in factum, quam quae ex contractu innominato naſcuntur, non dantur praeſcriptis verbis. Actio namque I. in factum, quae datur praeſcriptis verbis, nunquam habet locum, niſi adſint contractus, quorum appellationes iure ciuili proditae non habentur (*s*). In reliquis II. actionibus, quae in factum concipiuntur, non reperitur ratio denominationis: *præſcriptis verbis*, vti ex infra dicendis patebit. III. In L. 11. D. *de P. V.* vbi POMPONIVS non vnius generis eſſe fatetur actionem in factum, non vtitur termino: *præſcriptis verbis*; ſed meminit ſolum termini *actionis in factum.* IV. Vbi actiones in factum cum adiectione praeſcriptorum verborum occurrunt, ibi ſemper ſermo eſt de contractibus innominatis, nunquam vero vbi loquuntur ICti de actionibus in factum aliis. Denique V. ipſa frons Tit. D. *de Praeſcr. Verb. & in Fact. Act.* ſatis indicat, de his ibidem agi in factum actionibus, quae dantur praeſcriptis verbis. Poſſet a nonnullis opponi nobis CAIVS (*t*), qui actiones in factum omnes, & eas, quae ex praeſcriptis verbis concipiuntur, miſcere & iis vt ſynonymis vti videtur, cum ait: *in factum dandum eſſe iudicium, id eſt, præſcriptis verbis.* Sed conſentit potius nobiſcum CAIVS, cuius mens, vt facile patet, eſt: ex contractu inno-

(*r*) L. 2. & 3. D. *de P. V.*

(*s*) L. 3. cum qua coniungi debet antecedens L. 2. D. eod.

(*t*) L. 22. D. *eod.*

Digitized by Google

innominato dari actionem in factum, non qualemcunque, ſed eam, quae inſtituitur praeſcriptis verbis.

§. XXXIV.

Actionum in factum & vtilium fines reguntur.

Actio in factum praeſcriptis verbis nomen *vtilis actionis* gerit (*u*). Sunt & aliae in factum actiones ſimul vtiles; ſunt actiones vtiles etiam, ſed neutiquam ſimul in factum. Quibus rebus fit, vt a iuris interpretibus ſaepe actiones in factum ſeparentur ab vtilibus, vbi ſeparari non debent, & contra actiones in factum actionibus vtilibus miſceantur, quae miſceri non debent (*x*). Cum vero hoc ipſo via ad interiorem iuris Romani prudentiam reddatur difficilis; paucis notionem actionum vtilium certam figamus, viſuri deinde, an & qua ratione actiones in factum praeſcriptis verbis vtiles appellari mereantur. Actiones dicuntur vtiles, quae deficientibus legum vel edictorum verbis aequitate ſuggerente & vtilitatis gratia benigna interpretatione ad ſpeciem propoſitam accommodantur (*y*). Oritur itaque actio vtilis ex benigna interpretatione legis, aequitate ſuadente Fit haec inflexio vel extenſio duplici fere modo, ſemper tamen ***ad exemplum quaſi, exemplo, ad ſimilitudinem*** directae actionis, vti veteres ICti ſolent

(*u*) L. 6. C. *de Transact.*

(*x*) Quam confuſionem iam queſtus eſt EDM. MERILLIVS obſeru. Lib. VII. cap. 26. & Lib. VIII. cap. 24

(*y*) Corpus iuris Rom. eſt plenum earum legum, quibus haec definitio comprobatur, quarum quasdam magna induſtria congeſſerunt IO. CALVINVS in Lexico Iurid. voce *vtilis actio* & BARNAB. BRISSON. *de Verbor. Signif.* Lib. XIX. Sed inprimis in rem faciunt L. 19. D. *de P. V.* L. 5. §. 9. D. de Conſt. Pecun. L. 2. §. 5. D. *de Aqua & Aquae Pluv. arcend.*

Digitized by Google

ſolent loqui. Interdum namque ipſa actio, quae ex verbis legis datur, quando ratio legis ipſis verbis legis latior eſt, benigna interpretatione ad ea, quae in lege non exprimuntur, extenditur; atque tunc retinet quidem eius actionis nomen, ad cuius ſimilitudinem datur, ſed non eſt directa, id eſt, quae fluit ex verbis, ſed vtilis, ſeu quae a mente & vtilitate legis proficiſcitur. Ita actio, quae datur aduerſus magiſtratus ſubſidiaria, eſt *ipſa tutelae actio*, non vero *directa*, quia non fluit ex legis verbis, ſed *vtilis* (z), quippe ad perſonas extenſa, de quibus legis verba ſilent. Non ſemper haec vtilis actionis formatio locum inuenire poteſt; non enim quoties nouum negotium euenit, toties tale eſt, vt ad aliud, cuius directa habetur actio, proxime accedat. Ergo tunc non ipſa actio directa extenditur benigna interpretatione, ſed alia & plane noua datur, & quidem tantum ad exemplum alicuius actionis directae, cui videtur non eſſe abſimilis. Exemplo res clarior fiet. Dediſti mihi rem, vt tibi aliam darem. Nulla venditio adeſt, idcirco etiam actio emti venditi extendi nequit; ſed tamen ſimile hoc negotium venditioni eſt: quemadmodum itaque qui pecuniam dedit, vt rem alter tradat, habet actionem emti; ita quoque qui rem tradit, vt alter tradat rem, habet ad exemplum actionis ex emto actionem; qualem? non *directam*, nam ex nullius alicuius legis verbis datur

(z) §. 2. Inſt. *de Satisd. Tut.* prout latius patet ex GEBAVERI τõυ πάνυ diſſ. doctiſſima de actione tutelae aduerſus magiſtratum cap. I. §. 10. Plura etiam huius generis actionum exempla inuenies in MERILLII obſ. Lib. III. cap. 20.

datur, ſed *vtilem*; qualem vtilem? fortaſſe emti vtilem? minime vero. Ad emtionem enim permutatio nullo trahi modo poteſt. Datur igitur propria actio ex permutationis cum emtione analogia, quae propter inflexionem ſuam & aequitatem *vtilis* vocatur. Quae diximus de actionibus vtilibus, rei noſtrae ſufficiunt; facile enim nunc ex eis fines actionum in factum & vtilium regere poſſumus. Nimirum quia *vtilis actio* vel nomen gerit ipſius directae actionis & ex eodem cum illa fonte fluit, vel nullum habet nomen; in factum autem actio obtinet, cum nulla alia nominata ſit prodita, nec ſoror quoque eſſe poteſt directae; ſequentia iam fluunt: I. Nulla actio vtilis, quae nomen retinet directae, ad cuius exemplum datur, poteſt vocari actio in factum. II. Actio vtilis, quae nullum nomen aliud habet, & tamen rem geſtam demonſtrat, ſimul actio in factum eſt. III. Ea ſola in factum actio ſimul vtilis eſt, quae quidem deficientibus aliis actionibus ex interpretatione benigna aequitatis cauſſa ad praeſentem rem applicatur, ſed nomen alicuius directae actionis non ſimul aſſumit. IV. Publiciana in rem actio & quaſi Seruiana ſeu hypothecaria ſunt vtiles, non tamen in factum. Actio tutelae aduerſus magiſtratum eſt vtilis (*a*), neutiquam in factum, licet THEOPHILVS (*b*) contradicat nobis; non enim datur deficiente directa tutelae actione, imo eſt eadem actio, non alia, quam quae datur aduerſus tutorem (*c*), at ex SCto data aduerſus alias perſonas, quam tutores, porrecta.

(*a*) § 2. Inſt. *de Satisd. Tut.*

(*b*) In paraphr. Inſt. ad §. 2. cit.

(*c*) L. 1. 4. & 5. C. de *Magiſtrat. Conuen.*

porrecta quoque aduerſus magiſtratum benigna interpretatione (*d*). V. Actiones in factum praeſcriptis verbis ſunt vtiles, quia ad ſimilitudinem quidem directarum actionum dantur, non vero earum nomen gerunt; non enim vocantur e. g. vtiles emti, vtiles mandati, vel locati actiones, ſed ſunt actiones in factum & appellantur vtiles, quoniam eorum fundamenta ſunt negotia nominatis contractibus haud abſimilia.

§. XXXV.

Dictio actionum in factum in ciuiles & praetorias.

Omnes actionns, adeoque & quae dantur in factum, vel ciuiles ſunt, vel praetoriae, prout ſuam debent originem iuri ciuili aut praetorio. Quae ex legibus, SCtis & Principum cônſtitutionibus oriuntur, ciuiles ſine dubio appellantur. Verum quod legibus deeſt, ſuppletur interpretatione vel iurisdictione (*e*). Suppletur itaque lex vel *interpretando*, vel *noua introducendo ſine exemplo.* ICti ſolummodo interpretatione ſupplebant. Quod inde proficiſcitur, iuri ciuili tribuendum eſt, cuius propriam appellationem ſibi fecit prudentum interpretatio ad LL. XII. Tabb. (*f*). Inde actio praeſcriptis verbis in factum *ciuilis* dicitur (*g*), quia originem habet in iure ciuili, ſeu ex interpretatione prudentum, & quidem vt MERILLIVS coniicit, APPII CLAVDII & SEXTI AELII, quorum ille actiones ad formam redegerat, hic verbis legis XII. Tabb. actiones ſubtexuerat.

(*d*) Vid. MERILL. Lib. VIII. cap. 24.

(*e*) L. 13. D. de *Legibus.*

(*f*) L. 2. §. 5. & 12. D. de *Orig. Iur.* Adde MERILL. obſeru. Lib. VI. cap. 7.

(*g*) L. 7. D. *de Pact.* L. 33. D. *Commun. Diuid.*

texuerat. Non itaque actio praeſcriptis verbis in factum appellatur ciuilis, quod comparata ſit vt ſoror directae actionis & nomen eius acceperit (§. XXXIV.), ſed quod ortum ex iure ciuili trahat.

§. XXXVI.

Praetoriae actiones quotuplices?

Praetor ſupplet *interpretando* & *ſine exemplo noua introducendo* (§. XXXV.). Interpretatur v. gr. accommodando actiones vtiles rei vindicationi (*b*), actioni ad exhibendum (*i*), actioni de pauperie (*k*), legi XII. Tabb. de paſtu pecoris (*l*), de qua re plura vide apud MERILLIVM (*m*). Inſigni vero parte ius Romanum ſola iuriſdictione Praetoris, qua plura conſtituit noua, quae nulla ratione, etiam longiſſime petita, ex legibus ciuilibus deriuari poſſunt, auctum eſſe, ne dupondios quidem latere poteſt.

§. XXXVII.

Actiones in factum ex contractibus innominatis non omnes ſunt ciuiles, ſed dantur etiam praetoriae.

Actiones ex contractibus innominatis dicuntur *ciuiles* (§. XXXV.). Sed non omnes; dantur enim contractus innominati a ſolo Praetore inuenti & actionibus in factum muniti, id quod probatum dabimus. Quod iuri deeſt, ſuppletur interpretando vel noua introducendo (XXXV.): ICti ſupplere ius poterant tantum interpretando (§. eod.); igitur contractuum numerum non niſi interpretando augendi poteſtas ipſis fuit; ergo ex iis contractibus innominatis ſolummodo conceſſerunt ductu praeſcriptorum verborum

(*b*) L. 23. & 52. D. *de Rei Vind.*

(*i*) L. 3. D. *ad Exhib.* L. 63. D. *de Legat.* II.

(*k*) L. 4. D. *Si quadrupes.*

(*l*) L. 14. §. 3. D. *de P. V.*

(*m*) l. c.

Digitized by Google

rum actionem, qui ſimiles erant nominatis, & ad quos a contractibus nominatis interpretatione quadam concluſio formari poterat. Hinc tot diſſenſus prudentum orti ſunt circa inſtituendam actionem, cum oriretur negotium iure ciuili non proditum. Si dedi tibi ſeruum, vt ſeruum tuum manumitteres, & ceſſas manumittere, concedebatur actio praeſcriptis verbis in factum. Sed ſi tu etiam manumiſeris ſeruum, & iſte ſeruus, quem dedi, euictus ſit; quaeſitum eſt, vtrum tu nunc aduerſus me eadem actione experiri poſſis? Non audent ICti veteres affirmare omnes: diſſentiunt enim IVLIANVS & MAVRITIANVS (*n*), quorum hic ciuilem in factum actionem, ille vel de dolo vel in factum, ſed a Praetore, dandam eſſe contendit. Sane IVLIANI ſententia fundamentis nitebatur non ſpernendis; nam I. actio in factum ciuilis datur ei, qui aliquid fecit vel dedit, aduerſus alterum, qui ceſſat dare vel facere, ad dandum faciendumue, quod intereſt (*o*); at in exemplo ſupra adhibito dedi ſeruum, vt manumittas tuum ſeruum: atqui tu non ceſſas, ſed manumittis, & deinde demum ſeruus, quem dedi, euictus tibi eſt. Vterque noſtrum adimpleuit, quod promiſit. II. Contractus, quem inimus, eſt ſtricti iuris (*p*): itaque IVLIANVS in hoc nouo plane negotio & euentu, a nominatis & lege proditis negotiis & euentibus quam longiſſime aberrante, ICto ab interpretatione abſtinendum eſſe putauit. Hinc credidit, ſi ſciens

 dede-

(*n*) L. 7. §. 2. D. *de Pact.*

(*o*) L. 5. § 1. D. *de P. V.*

(*p*) Sunt enim contractus innominati ſtricti iuris, praeter aeſtimatorium & permutationem. §. 28. Inſt. *de Act.*

dederim ſeruum alienum, actionem de dolo dandam eſſe; ſi ignorans, a praetore in dulgendam actionem in factum; ita enim diſtinxiſſe IVLIANVM, ex L. 5. D. *de P. V.* apparet, vbi fere integra legis 7. §. 2. D. *de Pact.* verba, quae ibidem VLPIANO adſcribuntur, repetuntur. Equidem non ignoro, in iſta L. 5. PAVLLVM referre, IVLIANVM, ſi ignorans dederim ſeruum, qui euictus poſtea eſt, actionem in factum *ciuilem* in me dandam ſtatuiſſe; ſed vt taceam, IVLIANVM negaſſe ciuilem actionem, quia MAVRITIANVS, qui tuitus eſt oppoſitam ſententiam, ait, *ciuilem incerti actionem, id eſt, praeſcriptis verbis ſufficere* (q); niſi librarii audaciam arguere velis in L. all. 5. TRIBONIANVM cum ſociis hic male ſedulum fuiſſe, interpolaſſeque legem pro more ſuo, valde mihi credibile eſt (r). Sed pergit IVLIANVS (s): *quodſi faciam, vt des, & poſteaquam feci, ceſſas dare* (id eſt, dolo malo, nam hic paragraphus eſt ſequela antecedentis & debet vno ſpiritu cum antecedenti legi, vt ait NOODTIVS) *nulla ciuilis erit actio, & ideo de dolo dabitur.* Porro veteres Romani crediderunt, inter agri menſorem & eos, qui eius opera vtuntur, non fieri contractum, ſed id, quod datur, ad remunerandum dari. Hinc ex hoc negotio nouo ICti vtilem in factum actionem extorquere interpretandi arte non poterant. Exſpectandum itaque Praetoris auxilium fuit, qui iurisdictione ſua hoc negotium ſine exemplo in numerum contractuum retulit, & dedit ex eo actionem

(q) L. 7. §. 2. D. *de Pact.*

(r) Magno quidem ingenio, ſed mea ſententia fruſtra ſtuduit medelam parare huic legi GER. NOODT l. c. quem vide.

(s) L. 5. §. 3. D. *de P. V.*

nem, non *ciuilem*, ſed *praetoriam*, non *vtilem*, non enim ad exemplum directae datur, ſed *ipſam directam* & quidem *in factum.* VLPIANVS (*t*): *Ideo autem* (Praetor) *hanc actionem* (in factum) *propoſuit, quia non crediderunt veteres, inter talem perſonam* (agrimenſorem) *locationem & conductionem eſſe, ſed magis operam beneficii loco praeberi, & id, quod datur, ei ad remunerandum dari & inde honorarium appellari.* Illae itaque actiones in factum ex innominatis contractibus actiones ſunt *ciuiles*, quas ICti vi interpretationis ſuae ex nouis negotiis, quae ſimilitudinem cum contractibus nominatis habent, ad eorum exemplum concipiunt; reliquae in factum actiones, quae oriuntur ex contractibus incertis, cum nominatis nihil ſimile complectentibus & ſine exemplo introducuntur, *praetoriae*, non *ciuiles*, *directae*, non *vtiles* ſunt. Factum inde quoque eſt, vt ICti veteres, cum dederunt actionem in factum, rationem ſuam decidendi perpetuam ſemper adiecerint, negotium eſſe proximum nominato alicui contractui (*u*); veluti actio in factum proxima actioni locati datur, quatenus accedit ad locationem (*x*); actio in factum proxima emti datur ex contractu innominato, qui ſimilis eſt contractui emtionis (*y*); actio in factum proxima mandati ex contractu innominato affinitatem cum mandato habente datur (*z*).

§. XXXVIII.

(*t*) L. 1. D. *Si menſor fulſ. mod.*

(*u*) Quod ex toto Tit. D. *de P. V.* paſſim patet.

(*x*) L. 5. §. 12. D. *Commod.* L. 1. § 9. D. *Depoſ.*

(*y*) L. 6. D. *de Reſcind Vend.*

(*z*) L. 5. §. 4. D. *de P V.* Adde hic EDM. MERILL. Variant ex CVIAC. Lib. 1. cap. 29.

§. XXXVIII.

Deſcriptio actionis in factum ex contractibus innominatis. Actio itaque ex contractibus innominatis eſt actio in factum (§.XXX.& XXXI.) incerta & incerti (§.XXIX.), vel praeſcriptis verbis ciuilis vtilis, vel praetoria directa (§. XXXII. vsque ad XXXVII.), vel bonae fidei, vel ſtricti iuris (§. XXXVII.), quae datur ei, qui dedit vel fecit, eiusque heredibus, aduerſus eum, qui ſe viciſſim daturum facturumue promiſit, eiusque heredes, ad dandum faciendumue, quod promiſerat, praeſtandumue, quod intereſt (§. XXXVII.).

CAPVT. III.

DE RELIQVIS ACTIONIBVS, QVAE IN FACTVM DANTVR.

§. XXXIX.

Introductio in cap. 3. Stabiliuimus quaedam actionum in factum principia generalia, quibus ſubiunximus nobiliſſimam illarum ſpeciem, nempe actionem in factum, quae ex contractibus naſcitur veris, quorum tamen nomina iure prodita non ſunt. Supereſt igitur, vt reliquas in factum, actionum ſpecies luſtremus. Cum vero quælibet actio ſit in factum, quae nullum aliud habens nomen proprium legibus proditum, competit, quando deficiunt actiones legibus notatae, & quae ipſam rem, ex qua propter aequitatem ſolam vel analogiam iuris oritur, demonſtrat (§. XXIX.); prono quidem ſequitur alueo, omnes

omnes eas, quarum mentio in Romani iuris libris ſeruata eſt, actiones in factum eſſe, quibus haec applicari poſſunt. Verum quia eorum ſpecies indolem & criteria continent ſibi propria, interdum tamen tam ſimilia, vt diſcrimen vix animaduerti poſſit, & inde ipſae in factum actiones non recte a doctoribus ſeparari ſoleant atque diſtingui; neceſſe eſt, vt in eas paucis quidem, ſed paullo accuratius inquiramus.

§. XL.

Praetor dat actiones in factum vtiles & ſubſidiarias.

Quoniam omnis in factum actio datur deficientibus iure proditis actionibus (§. XXIX. & XXXIX.), in factum actionibus ſuppleri ius patet. Supplet vero Praetor interpretando & ſine exemplis introducendo noua (§. XXXVI.): itaque Praetor actiones in factum *vtiles* interpretando, *non vtiles*, ſed *ipſas directas*, ſine exemplo introducendo dare poterat. Sed dediſſe illum nunc probatum ibimus.

§. XLI.

Actio ad exemplum L. Aquil. eſt [illegible], vtilis & qualis?

Primum, ſed luculentiſſimum nobis exemplum ſuppeditat lex Aquilia, cuius verba illud damnum coercent, quod iniuria per corruptionem corporis a corpore factam datum eſt (*a*). Ergo ſi quis ſeruum alienum aut de ponte aut de ripa in flumen deiecerit & is ſuffocatus fuerit; eo, quod proiecit, corpore ſuo damnum dediſſe corpori, non difficulter intelligi poteſt, ideoque IPSA LEGE AQVILIA tenetur (*b*), id eſt, actione ipſa ex legis Aquiliae verbis

(*a*) §. 16. Inſt. *de L. Aquil.* (*b*) Vt loquitur Imp. §. 16. all.

bis directa. Sed ſi quis corrupit corpus quidem, non vero immediate corpore ſuo, veluti hominem alienum aut pecus ita incluſit, vt fame necaretur, aut iumentum ita vehementer egit, vt rumperetur, aut pecus in tantum exagitauit, vt praecipitaretur, aut ſeruo alieno perſuaſit, vt in arborem aſcenderet, vel in puteum deſcenderet, & is aſcendendo vel deſcendendo aut mortuus, aut aliqua corporis parte laeſus fuit? contra quid ſi damnum datur a corpore, ſed non in corpus (*c*), proiiciendo forte calicem argenteum alienum in profundum damni dandi cauſſa, non lucri faciendi (*d*)? tunc ſane verba legis Aquiliae hic neutiquam quadrabant, neque ideo eius actio huc trahi poterat. Vtilis itaque dabatur actio. IVSTINIANVS (*e*) ita effert: *ideoque in eum, qui alio modo damnum dedit* (id eſt, vel a corpore non in corpus, vel non a corpore, ſed in corpus) *vtiles actiones dari ſolent.* Quales vtiles? ipſae fortaſſe actiones legis Aquiliae, cuius verba porriguntur ad alias perſonas, vt in actione tutelae vtili aduerſus magiſtratum (§. XXXIV.)? Neutiquam. Non enim ipſa legis Aquiliae actio vtiliter extenditur, ſed alia & plane noua conceditur actio propter analogiam legis & datur tantum *ad exemplum legis Aquiliae*, vt NERATIVS loquitur (*f*), vel *quaſi ex lege Aquilia*, CAIO (*g*) & VLPIANO (*h*) ſic appellantibus,

(*c*) §. cit. L. 53 D. *ad L. Aquil.*
(*d*) Alias enim actio furti competeret. L. 14. §. 2. D. *de P. V.*
(*e*) §. 16. cit.
(*f*) §. 53. D. *ad L. Aquil.*
(*g*) L. 51. D. *de furt.*
(*h*) Cuius verba ex libro ad edictum exhibentur in Collat. LL Moſaic. Tit. XI. §. 7. quae extat in SCHVLTINGII iurisprud. vet. Ante - Iuſtin. cum praefat. I. L. AYRERI de elegantiori iurisprudentia

bus, ſeu vt POMPONIVS enunciat (*i*) *actio legi Aquiliae accommodata.* Non turbat nos IVSTINIANVS, aut potius TRIBONIANVS ſupra memoratus, qui huius actionis mentionem facit vt *vtilis legis aquiliae actionis:* vt enim taceamus, TRIBONIANVM, ſicut in antiquo iure Romano aſſolet, hic potuiſſe labi; TRIBONIANI verba ſine dubio ita ſunt capienda, vt vtilis ſit haec actio legis Aquiliae, id eſt, ad legem Aquiliam applicata; non enim ſolum IVSTINIANVS ipſe, ſed etiam THEOPHILVS (*k*) diſtinguit actiones, quibus damnum iniuria datum vindicatur, in *actiones directas, actiones ex ipſa lege Aquilia, quae ſeſe dat, & cui locus eſt, cum corpus laeſum fuerit*; & in *actiones vtiles.* Ergo TRIBONIANVS hanc actionem vocat non vtilem ipſius legis Aquiliae actionem, ſed actionem vtilis legis Aquiliae, quia propter vtilitatem legis huius ad eius ſimilitudinem conceditur. Eſt enim haec lingua veterum ICtorum, & ſic etiam loquitur VLPIANVS (*l*): *Si publicanus pecus meum abduxerit, dum putat contra legem vectigalis aliquid a me factum, quamuis errauerit, agi tamen cum eo vi bonorum raptorum non poſſe Labeo ait: ſane dolo caret; ſi tamen ideo incluſit, ne paſcatur & vt fame periret,* ETIAM VTILI LEGE AQVILIA.

§. XLII.

Actio haec vtilis ad exemplum legis Aquiliae data, quando nempe damnum datum eſt vel a cor- *a) in factum.*

H 2 pore

dentia immortaliter meriti & quotidie merentis, nitidiſſime denuo edita Lipſ. 1737.

(*i*) L. 11. D. *de P. V.*

(*k*) In paraphr. ad §. 16. Inſt. *de L. Aquil.*

(*l*) L. 2. §. 20. D. *de Vi Bon. Rapt.*

pore non in corpus, vel non a corpore in corpus, *actio in factum* eſt (*m*). Datur enim ceſſantibus lege proditis actionibus, directis ſcilicet legis Aquiliae (§. XLI.) & ipſam rem geſtam monſtrat, ex qua propter analogiam, ſeu mentem legis Aquiliæ oritur (§. eod.). VLPIANVS (*n*) ſcribit: *Nam & cum pecudes aliquis pignori cepiſſet, & fame eas necauiſſet, dum non patitur, te eis cibaria adferre, in factum actio danda eſt.* Apertius rem dicit NERATIVS (*o*) *Boues alienos in anguſtum locum coegiſti, eoque effectum eſt, vt deiicerentur; datur inde* AD EXEMPLVM LEGIS AQVILIAE IN FACTVM ACTIO.

§. XLIII.

3) praetoria. Actio haec *vtilis*, ad exemplum legis Aquiliae data, in factum, vtrum ſit *ciuilis* an *prætoria?* quæri poteſt. Videtur quibusdam ciuilis (*p*), ſcilicet ex ICtorum interpretatione profecta. Prouocant ad leges 7. §. 3. & 6. L. 8 L. 19. *ad L. Aquil.* vbi occurrunt eiusmodi formulæ, quibus ICti interpretari & de iure reſpondere ſolebant, velut: *Proculus ſcribit, Pegaſus ait, Labeo dicit, Labeo diſtinguit & cet.* atque inde concludunt, actionem hanc vtilem in factum ICtis deberi & ciuilem eſſe. Verum falſa haec eſt concluſio & ſuis auctoribus plane indigna: non enim ICti in allegatis legibus concedunt hanc vtilem actionem, ſed proferunt tantum varios euentus dubios, atque

(*m*) Conf. L. 11. D. *de P. V.* L. 53. D. *ad L. Aquil*

(*n*) L. 29. § 7. D. *eod.*

(*o*) L. 53 all.

(*p*) In quorum cenſum veniunt CVIACIVS in not. prior. & ſecund. Inſt. ad §. vlt. *de L. Aquil.* & in Recit. ad Tit. D. *de P. V.* ARNOLD. VINNIVS ad Inſt §. 16. *de L Aquil* B. HEINECCIVS Elem. D. Part. II. §. 186. in not.

que diſputant, num directa, num vtilis actio praetoria in hac vel illa viſione locum inuenire poſſit, nec ne? Et dic, amabo te, cur VLPIANVS & CAIVS, qui ſunt auctores earum legum, ad quas prouocant diſſentientes a nobis, diſputationes prudentum retulerunt? nonne quia ad edictum Praetoris commentati ſunt? Sane L. 7. ex libro XVIII. VLPIANI ad edictum & L. 8. ex libro VII. CAII ad edict. prouinc. deſumtae ſunt. Oportuit igitur omnino Praetorem in edicto actionem vtilem in factum hanc dediſſe, quia ICti, qui edictum eius illuſtrarunt, exempla proferunt, & vtrum ad actionem in factum vtilem trahenda ſint, diſquirunt. Sunt & aliae rationes, quibus adſtrui ſolet, hanc actionem vtilem eſſe *ciuilem* (*q*), I. quod, vt actio praeſcriptis verbis in factum, quae datur ex contractibus innominatis exemplo directae actionis, quae datur ex contractibus nominatis ciuilis eſt, (XXXV) ſic etiam actio vtilis, quae datur exemplo directae actionis ex lege Aquilia, ciuilis dici debeat: II. quod in §. 16. Inſt. de L. Aquil. actio in factum praetoria, (de qua ſtatim agetur) diſtinguatur a directa & vtili, quaſi hae ſint ciuiles, illa tantum praetoria: III. quod verba: *ex legibus*, accipienda ſint: tam ex legum ſententia, quam ex earum verbis (*r*) Verum enim vero haec omnia infirmo nituntur talo. Actiones namque diuiduntur in ciuiles & praetorias ob ſolam originem ſuam, prout eam habent ex iu-

(*q*) Vid. hic EDM. MERILL. Variant. ex *Cuiac.* Lib. I. cap. 30. obſeru. Lib. III. cap. 26. & Lib. IV. cap. 7.

(*r*) VLPIAN. in L. 6. *D. de V. S.*

re ciuili vel praetorio (*s*). Supplet autem Praetor dando actiones vtiles (§. XXXVI.), quae adeoque ſunt praetoriae (*t*). Non obſtat, quod actio praeſcriptis verbis in factum ſit ciuilis, quae datur exemplo directae alicuius actionis, gaudet enim origine ex iure ciuili, ſeu interpretatione prudentum (§. XXXV): at actio in factum vtilis exemplo legis Aquiliae venit a Praetore. Neque mouet diſtinctio actionum in Inſtitutionibus illa in *directam, vtilem* & *in factum*; quae facta non eſt, quia priores duae actiones ſint ciuiles, poſterior ſola praetoria, ſed quia prima eſt *directa*, ſecunda *vtilis*, tertia vero deficientibus directa & vtili competit & ſubſidiaria eſt (*u*). Quid vero multis? habemus ipſa legis verba, quibus actionem in factum vtilem ad exemplum legis Aquiliae praetoriam eſſe, luculenter euincitur; POMPONIVS enim (*x*) ſcribit: *Quia actionum non plenus numerus eſſet, ideoque plerumque actiones in factum deſiderantur, ſed & eas actiones, quae legibus proditae ſunt, ſi lex iuſta & neceſſaria ſit, ſupplet Praetor in eo, quod* facit in lege Aquilia reddendo actiones in factum accommodatas legi Aquiliae, idque vtilitas eius legis exigit.

§. XLIV.

Principium cognoſcendi actiones in factum praetorias vtiles.

Plures exſtant actiones in factum vtiles praetoriae; quales ſunt actio in factum, quam Praetor accom-

(*s*) §. 3. Inſt. *de Act.*

(*t*) Vid. vberius rem apud MERILL. ll. cc.

(*u*) Cui lubet plura noſſe exempla vtilium actionum, quibus Praetor ſupplet, & quae ad praetorias referuntur, is adeat MERILL. Variant. ex CVIAC. Lib. II. cap. 30.

(*x*) L. 11. D. *de P. V.*

accommodat rei vindicationi (*y*), actio data ad exemplum actionis ad exhibendum (*z*), actio in factum ad ſimilitudinem actionis directae de pauperie ex LL. XII. Tabb. (*a*). Sed quoniam labor noſter non verſatur in euoluendis ſingulis in factum actionum exemplis, quae in Corpore Iuris habentur, quin potius ad notionem genuinam ſpecierum earum acquirendam tendit; nobis ſufficit hic valere concluſionem: *omnes actiones, quas Praetor ad exemplum legis alicuius vel directae actionis, deficientibus aliis actionibus nominatis reddit, & quae monſtrant rem geſtam, ex qua propter analogiam iuris oriuntur, in factum actiones, & quidem praetorias vtiles eſſe.*

§. XLV.

Actiones in factum praetoria non vtiles, ſed ſubſidiariae tantum & principium cognoſcendi eaſdem.

Supplet Praetor ſine exemplo noua introducendo (§. XXXVI. & XL.), quod facit deficientibus directa & vtili actionibus nouas in ſubſidium dando propter aequitatem. Age rem exemplo illuſtrabimus: ductus miſericordia quis alienum ſeruum compeditum ſoluit, vt fugeret. Corruptio corporis per corpus facta non eſt, nec etiam vel a corpore non in corpus, vel non a corpore in corpus damnum datum eſt. Ergo neque actio legis Aquiliae directa obtinere poteſt, neque vtilis in factum praetoria (§. XLI. & XLII.). Quoniam tamen res eſt geſta, ex qua propter aequitatem oritur obligatio; etiam ſine exemplo legis vel alicuius actionis dedit *actionem in factum* (*b*), non *vtilem*, ſed *ipſam prae-*

(*y*) L. 23. §. 5. & 52. D. *de Rei Vind.* L. 63. D. *de* Legat. II.

(*z*) L. 3. §. 14. D. *ad Exhib.*

(*a*) L. penult. D. *Si quadruper.*

(*b*) §. 16. Inſt. *de L. Aquil.*

praetoriam directam. Illae itaque actiones, quas Prætor deficientibus directis & vtilibus ſine exemplo dat, & quæ rem geſtam, ex qua propter ſolam aequitatem naſcuntur, monſtrant, ſunt actiones in factum.

§. XLVI.

Actiones praetoriae in factum propter aequitatem omnium actionum ſubſidiariae & earum principium cognoſcendi.

Quia iniquum eſt, non conſentire in id, quod mihi eſt vtilitati, aut fieri velle cum alterius damno ſine iuſta cauſſa locupletiorem, aut velle antecedens, nolle conſequens; ex his aequitatis naturalis regulis ope fictionis quasdam, quibus adiecta propterea fuit particula *quaſi*, conuentiones deduxerunt: dico quasdam; ergo non omnes, aut vagas, ſed *certas* nonnullas, ſaepe obuias & rei publicae ſalutares, easque numero, forma, nomine & actione diſtinxerunt (§. XVI. XVII. & XX.) Romani. Si conſideres ambitum iſtarum regularum aequitatis, quibus quaſi contractus ſuperſtructi ſunt, ſimulque animum aduertas ad horum numerum iure proditum; perexiguum eum eſſe, facile animaduertes, atque aequitatem iſtarum regularum quaſi contractibus nominatis multo latius patere concedes; non enim tantum ſunt negotiorum geſtio, tutelae adminiſtratio, indebiti ſolutio &c. ſola negotia, quibus iſtae aequitatis regulae applicari poſſunt: non poſſunt non quotidie fere in ciuitate emergere talia, quae licet nullam affinitatem cum quaſi contractibus iure proditis habeant, tamen iſta aequitate naturali, vt cauſſa ſua ciuiliter obligandi, vel maxime indigent. Sic eſt hodie, & ſic fuit olim Romae. Dolo quis deceptus fuit a Titio, qui nondum actione de dolo conuentus moritur: quaerebatur, vtrum defuncti heredes conue-

conueniri hac actione poſſent ? & ſane non poterant, cum fundamentum agendi, quod defunctum adſtringebat, deficeret in herede, qui in delictum vel dolum non ſuccedit (*c*). Factum tamen aliquid eſt, quo heredes, niſi reſtituerent, quod defunctus dolo accepit & ad eos transmiſit, ſine iuſta cauſſa cum alterius damno locupletiores fierent. Actio de dolo etiam non datur liberis vel libertis aduerſus parentes patronosue, cum ſit famoſa: neque humili adverſus perſonam dignitate excellentem (*d*); & tamen locupletior fieret cum alterius damno decipiens, niſi reſtitueret rem. In hoc vtroque exemplo actio doli non obtinet, adeſt vero aequitas naturalis, qua nituntur quaſi contractus, occurrit etiam factum ſed non tale, quod eſt vlli ex quaſi contractibus proditis ſimile, neque enim ad negotiorum geſtores defuncti, cui actio imminebat, referri poſſunt heredes, neque ad tutores, vel adminiſtratores communis hereditatis, neque etiam ad acceptatores indebiti vel poſſeſſores ſine cauſſa; imo factum in altero exemplo, v. g. parentum vel patronorum liberos libertosue decipientium, ne quidem honeſtum eſt, quod alias in quaſi contractibus exigitur, & ideo a quaſi contractibus quam longiſſime aberrat. Quid ergo eſt? inquit VLPIANVS ad edictum (*e*). Supplet Praetor ius propter ſolam aequitatem introducendo noua (§. XXXVI.) atque deficientibus legibus, vel directis & vtilibus actionibus, dat actiones in factum, id eſt, quae

(*c*) Conf. PERILL. BOEHMERVM de Action. Sect. II. cap. 5. §. 8. p. 400.

(*d*) L. 11. D. *de Dol. Mal.*

(*e*) L. 11. all.

quae rem geſtam, ex qua propter ſolam aequitatem naſcuntur, monſtrant (§. XLV.). Quamobrem dat in factum actiones in ſubſidium ex negotiis honeſtis, quae non ſunt ſimul verae conuentiones, neque quorum nomina inter quaſi contractus iure prodita ſunt, ſed quae tantum eorundem aequitatis regulis nituntur; dat quoque in factum actiones, ex facto licet inhoneſto, modo adſit regula aequitatis, ex qua quis quaſi obligatur (*f*). Probantur haec non ſolum legibus clariſſimis L. 9. §. 1. L. 11. L. 28. L. 29. D. *de Dolo Malo* L. 1. §. 48. D. *de Vi & Vi Arm.* L. 5. D. *de Calumniat.* L. 31. §. 17. D. *de Aedilit. Edict.* verum etiam varia in hanc rem exſtant in Digeſtis exempla, quorum quaedam PERILL. BOEHMERVS (*g*) congeſſit. *Omnes ergo actiones, quas Praetor ceſſantibus actionibus ex quaſi contractu & de dolo propter factum ſiue honeſtum ſiue inhoneſtum ob ſolam aequitatem, quae eſt actionum ex quaſi contractibus iure proditis fundamentum, dat, & quae rem geſtam complectuntur, ſunt actiones in factum praetoriae ſubſidiariae* (*h*).

§. XLVII.

Principium cognoſcendi actiones in factum praetorias ex edicto intuitu delictorum nouorum.

Vt obligationes ex facto licito ceu contractibus olim fuerunt certae atque diſtinctae cauſſa ſua, nomine & forma & agendi formula; idem etiam de obliga-

(*f*) PERILL. BOEHMER l. c. §. 13. p. 404.

(*g*) l. c. §. 11. p. 403.

(*h*) Et hae actiones ſunt illae ipſae in factum actiones, quas MERILLIVS, HEINECCIVS, BOEHMERVS aliique ICti dicunt ſubſidiarias omnium actionum, quando & ipſa de dolo actio non competit.

ligationibus ex maleficio dicendum eſt. Notata enim delicta exſtabant in XII. Tabb. quorum cuilibet poena certa & perſecutio ſtatuta fuit; & ciuibus poſtea, luxu ingruente, peioribus factis, nouisque criminibus ortis, auctus quoque variis legibus eſt nominum eorum & poenarum numerus. Sed non potuerunt non indies noua occurrere delicta, quae nondum legibus notata, quorum adeo nomina & poenae nondum erant certa; quae tamen non ſemper eſſent tam grauia, vt moleſta illa & multis difficultatibus obnoxia in comitiis opus fuerit legislatione. Subitis potius plerumque interdictionibus vtendum fuit. Vbi itaque deficiebant leges, ibi Praetoris officium nouis ortis delictis eas ſupplebat poenis & actionibus nouis etiam aduerſus illos, qui contra edictum egerint. Cum autem omnis detur actio in factum deficientibus iure proditis aliis actionibus, quae ipſam rem, ex qua vel ob analogiam iuris vel ſolam aequitatem oritur, monſtret (§. XXIX.); conſequens eſt, vt actiones tales, quas Praetor ex edicto ſuo, maxime ex delictis promittit, actiones in factum ſint. Tales in factum actiones praetoriae ſunt: *actio in factum* ex alienatione iudicii mutandi cauſſa facta (*i*), *actio in factum* de calumniatoribus (*k*), *actio in factum* ſi libertus absque venia patronum in ius vocauerit (*l*) *actio in factum* ſi quis miſſum in poſſeſſionem non admiſerit, & aliae quam plures, quae

 in

(*i*) L. 1. D. *de Alienat. Iudic. Mut. Cauſ. Fact.*
(*k*) L. 1. D. *de Calumniat.*
(*l*) L. 12. D. *de in Ius Voc.* L. 25. §. 1. D. *de O & A.*
(*m*) L. 3. D. *Ne vis fiat ei, qui in poſſeſſ.*

Digitized by Google

in latioribus Digeſtorum libris (*n*) memorantur. Ergo illae actiones, quas Praetor deficientibus aliis actionibus in edicto ſuo ex delictis promittit, quibus ius introducendo ſine exemplis auget & ſupplet, & quae continent rem geſtam, ex qua propter ſolam aequitatem oriuntur, quibus tamen a Praetore proprium nomen aliud non eſt tributum, actiones praetoriae in factum appellantur. (*o*)

(*n*) Velut actiones in factum: de incendio, ruina, & naufragio: de effuſis vel deiectis: contra mulierem, quae calumniandi cauſſa in poſſeſſione eſt: contra illum, qui dolo malo fecit, quo minus quis in iudicio appareat: aduerſus nautas, caupones & ſtabularios: contra eum, qui ius dicenti non obtemperauerit &c.

(*o*) Mentio fit quoque in iure Romano *exceptionis in factum*. Imo non incognitae ſunt *replicae & duplicae in factum*. Verum licet hae coniungi poſſent commode cum noſtro labore, tamen ne *diſſertationis* academicae fines transgrediamur, earum ſaltem mentionem feciſſe hic ſufficiat.

Errata quaedam

pag. 2. lin. 16. materiae *huic*: lege: *huius* pag. 11. lin. 6. pro *colligebatur* lege: *colligabatur*, & lin. 12 multae *ſunt*: lege: *ſuadent*. p. 36. lin. 8. deleantur verba: *actionem incerti multiplici ratione agi poteſt*, & lin. 13. pro: *ex fonte* legatur: *ex hoc fonte*.

PRAENOBILISSIMO ATQVE DOCTISSIMO

LINDHOLTZIO

AMICO SVO CONIVNCTISSIMO

S. P. D.

C. F. G. MEISTER. D.

Quid a Te iucundius mihi potuit iniungi, quam vt in diſſertationis tuae publica propugnatione arbitri officio & moderatoris fungerer? Nam elegantia morum tuorum, atque animi honeſtas, quae, quibus innoteſcis, ad connectendas amicitias ſeu tenaciſſimum vinculum, alliciunt omnes, fecerunt, vt per biennium, & quod excurrit, ex Tua familiaritate, modeſta, hinc arctiſſima, magnam ſemper voluptatem perceperim, quam diuturna, Tecum enim eodem vti domicilio licuit, conſuetudo auxit. Accedit praeclara Tua iuris ſcientia, diurna nocturnaque induſtria parta, & non ſolum crebris publicis

Digitized by Google

publicis priuatisque conflictibus litteratis, *verum etiam opuſculo:* de cenſibus detractionis & emigrationis poſſeſſoribus caſtri competentibus, *nuper comprobata.*

Proinde officium a me Tibi praeſtandum laetus lubensque ſuſcipio, hoc ipſo proximus eruditionis tuae teſtis futurus. Non poteſt quidem non hoc doctrinae Tuae ſpecimen, quam exinde capio, laetitiam interpellare, ſignum nempe Tui, ex hac celebri muſarum ſede, abitus, quem iamiam paras, qui aegerrime a Te diuellor: ſed cum ex eo fauſta quaeuis Tibi praeſagire fas ſit; gratulor potius de iſto, atque vt abſens quoque amicitiae noſtrae memor ſis, rogo. Caeterum Fautori, ad quem nunc abis, noſtro communi cultum & obſeruantiam meam teſteris velim. Vale ex vetere formula & faue. Göttingae d. XVII. Junii A. O. R. MDCCXXXXVIII.

* * * * * * * * *

O Freund! wer ſo wie Du, nach groſſen Gütern ringt,
Und ſich mit munterm Flug zu jenen Höhen ſchwingt,
Auf welchen er entzückt des Schöpffers Glanz erblicket;
Wen ein verklärtes Licht, wen die Erkenntniß ſchmücket,
Die uns das Reizende in unſern Pflichten zeigt;
Wer mit erwecktem Muth der Dinge Grund erreicht;
Wer die Geſetze weiß und ihre Quellen kennet;
In weſſen Bruſt ein Trieb voll edler Sehnſucht brennet,
Die nach der Weißheit geht, und wen das Sanffte rührt,
Das uns die Freundſchafft beut; wer einen Zug verſpührt
Mit ungezwungner Luſt dem Nächſten frey zu dienen,
Dem muß des Glückes Gunſt, die höchſte Wohlfart grünen!
O Freund! ich kenne längſt Dein ſorgſames Gemüth,
Das auf den prächtgen Schmuck erhabner Tugend ſieht;
Wie ſtarck Dein Eyffer ſey, das Gute zu vermehren,
Das muß uns Deine Schrifft, diß ſchöne Zeugniß, lehren.
Dringt in der Wahrheit Schooß Dein Geiſt ſo tieff hinein,
Wie herrlich muß der Lohn, der Dich erwartet, ſeyn?

Zu Bezeugung ſeiner dem Herrn Verfaſſer dieſer gelehrten Streitſchrifft ſchuldigen Hochachtung ſchrieb dieſes

Deſſelben

ergebenſter Diener

Albrecht Friederich von Müller,
zu Lengsfeldt. Opponens.

Quem doctum GOETTINGA videt; virtutis amantem
Quem multum pulchrae clara LVBECA colit;
Quem Themis ipſa manu finxit celebrisque Minerua;
Qui dedit ingenii plurima ſigna ſui:
Hunc mihi perpetuo iam dudum foedere iunxi,
Quod niſi mors tandem ſoluere dura queat.
Semper honos nomenque TVVM laudesque manebunt:
LINDHOLTZI, mentis ſic cape vota meae.

Quibus
DOCTISSIMO LINDHOLTZIO
Amico coniunctiſſimo gratulabundus adplaudit
HERMANNVS GEORGIVS BÜNEKAV,
Lubecenſis, Oppon.

AMICORVM OPTIMO

OTTONI FRIDERICO LINDHOLTZ

S. P. D.

C. G. SCHROEDER.

Accidit itaque, vt & Tu, Amice optime, quique vnice ſemper mihi carus fuiſti, ex amplexu conſpectuque meo abire cogaris. Scis, quam triſti fractoque animo eos, qui eodem, quo Tu mihi vinculo, iuncti erant, dimiſimus. Dolebamus autem vna, & quisque ne alter amiſſorum contubernalium abſentiam ſentiret, pro virili ſtuduit. Quid iam ego, duplicemne dolendi abitum Tuum cauſam habeo? *quem* iam ſecundarum aduerſarumque rerum habebo comitem? Tempori ſcilicet erit ſeruiendum, quo ſi iterum iungimur, grata erit priſtinae conſuetudinis memoria. Iam fatis ita iubentibus, inter quos nullum vnquam fuit diſſidium, disiungimur. I itaque, priusquam elegantioris iuris Tuae ſcientiae egregium monumentum in Georgia noſtra Auguſta, quod ex *animo* gratulor, dederis fauſte, felicem fortunarum Tuarum cape initium, Perilluſtrem communem noſtrum Fautorem, eo, quo decet, cultu & obſeruantia ſaluta, meique memor viue. Gottingae d. XIX. Iun. cIɔ Iɔ CCXLVIII.

Digitized by Google